المحيط البرهاني

لمسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر
والفتاوى والواقعات مدللة بدلائل المتقدمين رحمهم الله

تأليف

الإمام برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة بن مازه البخاري
رحمه الله تعالى ٥٥١ هـ - ٦١٦ هـ

اعتنى بتحقيقه وتخريجه
نعيم أشرف نور أحمد

المجلد الرابع

إدارة القرآن

المجلس العلمي

كتاب النكاح

هذا الكتاب يشتمل على ستة وعشرين فصلا

الفصل الأول
في الألفاظ التي ينعقد بها النكاح، والتي لا ينعقد بها

٣٤٧٣- قال القدوري في كتاب عقد النكاح: النكاح ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي، نحو أن تقول المرأة: تزوّجت[1]، ويقول الرجل: قبلت. و[قال:][2] ينعقد أيضا بلفظين يعبر بأحدهما عن المستقبل، نحو أن يقول الرجل: زوّجيني، فتقول المرأة: تزوّجتك[3]. وفي نكاح فتاوى أهل سمرقند: إذا قال الرجل: دختر خويش مرا ده، فقال: دادم، ينعقد النكاح، وإن لم يقل الخاطب: بذيرفتم، ولو قال: دختر خويش مرا دادى، فقال: دادم، لا ينعقد النكاح ما لم يقل الخاطب: پذيرفتم، أما[4] إذا أراد بقوله: دادى التحقيق دون السوم، فحينئذ يصح النكاح وإن لم يقل الخاطب: پذيرفتم. ولو قال لها: خويشتن بمن دادى، فقالت: دادم، فقال الزوج: من پذيرفتم، وههنا لا يمكن حمل قوله: دادى على التحقيق؛ لأن معنى التحقيق أن يتضمن هذا الكلام قول الزوج: پذيرفتم، يعني خويشتن بمن دادى كه من پذيرفتم، وهذا المعنى لا يمكن تحقيقه مع التصريح بعدم القبول بعد ذلك.

وفي مجموع النوازل: عن الشيخ الإمام نجم الدين النسفي رحمه الله تعالى: أن في قوله: دختر خويش مرا ده، يا دختر خويش بمن، لا بد وأن يقول: بزني، ويقول الآخر: بزني دادم، فأما بدون ذلك لا ينعقد النكاح عند بعض المشايخ، وعند بعضهم ينعقد، فلا بد من هذه الزيادة لتصير المسألة متفقا عليها. وفي قوله: دختر خويش بزني دادي، قال: اختلف مشايخ بلخ رحمهم الله تعالى بعضهم جعل هذا استفهاما، وبعضهم جعلوه بمنزلة الأمر معناه خويشتن بزني بمن ده. قال الشيخ الإمام الزاهد نجم الدين عمر النسفي رحمه الله تعالى: ومعنى الأمر راجح، ألا يرى أن المتعارف فيما بين الناس أنهم يقولون وقت العقد: خويشتن بفلان بزني دادي، ويريدون به الأمر. سئل نجم الدين رحمه الله تعالى عمن قال لامرأة:

---

(١) كذا في الأصل و عف، وفي التاتارخانية: زوجت نفسي.

(٢) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: قيل.

(٣) وفي التاتارخانية: زوجت نفسي.

(٤) وفي م و ... : إلا إذا كان أما

خويشتن ر بهزار درهم كـابين بن بزني دادي، فقالت: بالسمع و الطاعة. قال: ينعقد النكاح، ولو قالت: سپاس دادم، وقال الزوج: پذيرفتم لا ينعقد؛ لأن الأول إجابة النكاح، والثاني وعد. ومثل هو أيضًا عمّن قال لأب امرأة: دختر خويش را بچندين كابين بمجازت كردي مرا اين فلان را؟ گفت كردم. وقيل الزوج هذه اللفظة أيضًا، فقال: كردم، قال: لا ينعقد النكاح إن لم يسبق من غيرهما في حقهما عقد؛ لأن الإجازة للانتهاء لا للابتداء.

قيل لامرأة: خويشتن[1] بفلان بزني دادي؟ فقالت: داد، وقيل للزوج: پذيرفتي؟ فقال: پذيرفت، ينعقد النكاح. وإن لم يقل المرأة والزوج: دادم وپذيرفتم لمكان العرف. وعلى هذا البيع والشراء إذا قيل للبائع: فروختي، فقال: فروخت، وقيل للمشتري: خريدي، فقال: خريد، ينعقد البيع وإن لم يقولا: فروختم وخريدم. قيل لامرأة: فلان را باشي، فقالت: باشم، قيل: لا ينعقد النكاح إلا إذا قال الخاطب لها: فلان را بزني مي باشي، فقالت: مي باشم، فحينئذ كفى قولها[2]، وانعقد النكاح بينهما. وقيل: ينعقد، وهو الظاهر بحكم العرف. وإذا قال: خويشتن را زن من گردانيدي، فقالت: گردانيدم، وقال الزوج: پذيرفتم، ينعقد النكاح بينهما.

٣٤٧٤- في "الأصل": إذا قال لها: تزوجتك بكذا، فقالت: فعلت [تم النكاح، وإن لم يقل الزوج: قبلت، وإذا قال لها: جئتك خاطبًا، فقالت: فعلت][3]، أو قالت: زوّجتك نفسي، كان نكاحًا تامًا. وكذلك إذا قال لها: خطبتك إلى نفسك، فقالت: قد فعلت، كان نكاحًا تامًا ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في "شرح الكافي".

٣٤٧٥- وفي "نوادر المعلى": قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: إذا قال الرجل لرجل: جئتك خاطبًا ابنتك، أو جئتك لتزوّجني ابنتك، فقال الأب: زوّجتك، فقد تم النكاح.

٣٤٧٦- وينعقد النكاح بلفظ الهبة، والصدقة، والتمليك، بأن قالت: وهبت نفسي منك، ملكت نفسي منك، تصدّقت نفسي عليك. ولا ينعقد بلفظ الإحلال والإباحة، وهل ينعقد بلفظ الإجارة؟ فعلى قول [الشيخ الإمام الفقيه][4] أبي بكر الرازي رحمه الله تعالى: لا ينعقد. وعن أبي الحسن الكرخي رحمه الله تعالى: أنه ينعقد، وإنما وقع الاختلاف في هذا

---

(١) وفي "ظ": خويشتن يا فلان بزني دادي.

(٢) وفي "ب": كفى قولهما جوابا.

(٣) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٤) أثبت من "م".

لاختلاف الروايات عن أصحابنا. روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: أن كل لفظة تملك به شيء، ينعقد به النكاح. وهذه الرواية تدل على جواز النكاح بلفظ الإجارة. وفي رواية ابن رستم عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: أن كل لفظ يملك به الرقاب، ينعقد به النكاح، وما لا فلا، وهذه الرواية تدل على عدم جواز النكاح بلفظ الإجارة.

٣٤٧٧ - وفي انعقاده بلفظ البيع والشراء إذا قالت المرأة: بعت نفسي منك، أو قال أبو البنت: بعت ابنتي منك بكذا، أو قال الرجل لامرأة: اشتريتك بكذا، فأجابت بنعم، اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، كان الفقيه أبو القاسم البلخي يقول بانعقاده، وإليه [أشار][1] محمد رحمه الله تعالى في كتاب الحدود، ورواية الحسن ورواية ابن رستم عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى يدلان[2] عليه، وهو الصحيح، وفي القرض والرهن اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى، وكذلك في لفظ الإعارة اختلاف المشايخ، حكي عن أبي الحسن الكرخي أنه ينعقد، وكان يقول: الإعارة تفيد ملك المنفعة، ألا يرى أن له أن يعير غيره فيما لا يتفاوت الناس في الانتفاع به، وعن الفقيه أبي بكر الرازي: لا ينعقد به النكاح، قال: لأن العارية تفيد إباحة استيفاء المنافع دون التمليك، ألا ترى أنه لا يملك الإجارة من غيره، قال الفقيه أبو العباس الناطفي: وكان شيخنا أبو عبد الله يقول: العارية أخذت شبها من أصلين مختلفين، أحدهما الإباحة، ولا ينعقد النكاح بالإباحة، فلا ينعقد النكاح بلفظ العارية بالشك، أما لفظ الإقالة فقد حكى الناطفي في أجناسه عن شيخه أبي عبد الله الجرجاني رحمه الله أنه لا ينعقد بها النكاح؛ لأنها موضوعة لفسخ عقد سابق، لا لعقد مبتدأ.

٣٤٧٨ - قال: وعلى هذا لا ينعقد النكاح بلفظ الخلع، وكذلك [لا ينعقد][3] بلفظ الصلح؛ لأنه موضوع [للحط][4] للحطيطة، ولإسقاط الحق، ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرح كتاب الصلح: أن ابتداء النكاح بلفظ الصلح والعطية جائز. قال الناطفي: وكذلك لا ينعقد بلفظ الشركة وإن كان يفيد التمليك، كمن قال لغيره: أشركتك في هذه الجارية، فإنه يفيد تمليكًا، قال الناطفي: إنما كان كذلك؛ لأنها تفيد الملك في بعض رقبتها، لا في جميعها، فصار كمن قال لآخر: زوجتك نصف جاريتي، لأنه لا يصح

(١) هكذا في النسخ التي عندنا، وكذا في الأصل: ... .

(٢) وفي ظ: لا يدلان.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبت من ظ و م و ف.

(٤) أثبت من ظ.

الآخر [أو أضاف العقد إلى ما بعد الموت، بأن قال: أوصيت لك بضع أمتي بعد موتي بألف درهم وقبل الآخر، لا ينعقد النكاح، ولو قال: أوصيت لك ببضع أمتي للحال بألف درهم وقبل الآخر](١)، ينعقد النكاح. ذكره شيخ الإسلام، وهكذا حكي عن الشيخ أبي عبد الله الجرجاني، وذكر شمس الأئمة السرخسي مطلقًا أن النكاح لا ينعقد بلفظ الوصية، وفي كتاب الصلح من «الأصل»: أعطيك مائة درهم على أن تكوني امرأتي، فهو جائز إذا قبلت بمحضر من الشهود، ويكون ذلك نكاحًا مبتدأ، فالنكاح ابتداء ينعقد بلفظ الكون، ولهذا من قال لامرأة: كوني امرأتي بمائة، فقبلت بمحضر من الشهود صح. إذا قال لامرأة: تبت حقي في متاع بضعك بألف، فقالت: قبلت، صح النكاح.

٢٤٨١- قال [الشيخ الإمام الأجل](٢) شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى: قال مشايخنا رحمهم الله تعالى [لو قال رجل لامرأة:](٣) كوني لي أو صرت لي، فقالت: نعم صرت لك، كان نكاحًا [لأنه قبل بخلافه أيضًا](٤)، وفي كتاب صلح «الأصل» في باب الصلح في النكاح إذا ادعى رجل على امرأة نكاحًا فجحدت، فصالحها على مائة على أن تقر بذلك: فهذا الإقرار منها جائز، وهذا المال لازم، وهذا الإقرار منها بمنزلة إنشاء النكاح؛ لأن هذا إقرار مقرون بالعوض، فيكون عبارة عن تمليك مبتدأ للحال، كمن قال لغيره: أقر لي بهذا العبد على أن أعطيك مائة، كان بيعًا حتى لو قال: إلى الحصاد، لم يجز، وإذا جعل هذا الإقرار بمنزلة إنشاء النكاح، فإن كان بمحضر من الشهود يصح النكاح، ووسعها المقام مع زوجها فيما بينها وبين ربها. وإن لم يكن بمحضر من الشهود لا ينعقد النكاح، ولا يسعها المقام مع زوجها، هو الصحيح، وهو نظير ما لو قضى القاضي بالنكاح بشهادة شهود الزور، ينفذ قضاؤه ظاهرًا وباطنًا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وجعل ذلك بمنزلة إنشاء النكاح، فإن كان ذلك بمحضر من الشهود يصح النكاح، وما لا فلا، وهو الصحيح.

في «فتاوى أبي الليث»: إذا قال لامرأة بمحضر من الشهود: راجعتك، فقالت المرأة: رضيت، يكون نكاحًا، فقد نص في «الجامع» أن من قال لمطلقته طلاقًا بائنًا أو ثلاثًا: إن راجعتك فعبدي حر، ينصرف إلى النكاح؛ لأن الرجعة قد يراد بها الرجعة المعروفة، فكان المراد منها

---

(١) أثبت من ظ.

(٢) أثبت من م.

(٣) أثبت من ب، ظ.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبت من ظ وم وف.

النكاح. وفي "أجناس الناطفي": إذا طلق امرأته طلاقًا بائنًا، أو ثلاثًا، ثم قال: إذا راجعتك على كذا، ورضيت المرأة بذلك، وكان بمحضر من الشهود كان نكاحًا صحيحًا، وإن لم يذكر المال، فإن أجمعا على أن الزوج أراد به النكاح كان نكاحًا، وإلا فلا. وتبيّن بما ذكر في "الأجناس" أن ما ذكر في الفتاوى محمول على ما إذا ذكر المال، أو أقر أن الزوج أراد به النكاح.

٣٤٨٣- إذا قال لامرأة: هذه امرأتي، وقالت المرأة: هذا زوجي، وكان ذلك بمحضر من الشهود، لا يكون نكاحًا، وكذا لو قال بالفارسية: زن وشوئيم، لا يكون ذلك نكاحًا. وفي "فتاوى النسفي" أن فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى، قال ثمة: ولو قضى قاض بصحة هذا النكاح ينفذ القضاء، ويصح النكاح. ودلت المسألة على أن قضاء القاضي في مثل هذه المجتهدات صحيح، فإن قال لهما الشهود: أجزتما، أو رضيتما؟ وقالا: رضينا، لا يكون نكاحًا مبتدأ؛ فالنكاح لا ينعقد بلفظ الإجازة والرضا، ولو قال لهما الشهود: جعلتما هذا نكاحًا، فقالا: نعم، كان هذا نكاحًا مبتدأ، فالنكاح ينعقد بلفظ الجعل، ولهذا إذا قالت المرأة لرجل: جعلت نفسي لك بكذا، وقال الرجل: قبلت، كان نكاحًا تامًا.

٣٤٨٤- طلب من امرأة زنا، فقالت المرأة للطالب: وهبت نفسي منك، وقبل الطالب، لا يكون نكاحًا، بخلاف ما إذا وهبت نفسها منه على وجه النكاح، فالفرق أن هبة نفسها من طالب الزنا تمكين من الزنا، وليست هبة حقيقة، إذ لو كانت هبة حقيقة لا يكون جوابًا لما التمس، والحاجة في هذا المقام إلى الجواب، أما هبة نفسها على وجه النكاح هبة حقيقة، والهبة ينعقد النكاح، وهو نظير ما لو قال لآخر: وهبت منك ابنتي، وقال الآخر: قبلت، كان نكاحًا إذا كان بحضرة الشهود، ولو قال: وهبت ابنتي منك لتخدمك، وقبل الآخر لا يكون نكاحًا.

٣٤٨٥- قيل لرجل: دختر خويش را بمن بارزاني داشتي، فقال: داشتم، لا ينعقد النكاح بينهما؛ لأن هذا اللفظ لا ينبئ عن التمليك، ولا يستعمل فيه. في "فتاوى الفضلي": إذا قال الرجل لغيره: زوّج ابنتك مني بألف درهم، فقال والدها: ادفعها واذهب بها حيث شئت، وكان ذلك بمحضر من الشهود، لا ينعقد النكاح. في "فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى": إذا قال أب الصغير: اشهدوا أني قد زوّجت ابنة فلان الصغيرة من ابني فلان بمهر كذا، فقيل لأب الصغيرة: أليس هكذا؟ قال أب الصغيرة: هكذا، ولم يزد على ذلك، فالأولى أن يجدّد النكاح، وإن لم يجدّد جاز -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

الفصل الثاني

في الألفاظ التي تكون إجازة وإذناً في النكاح، وما يكون رداً وإبطالاً

٣٤٨٦- رجل زوّج امرأة(١) بغير أمرها، فلما بلغها الخبر قالت: نعم ما صنع، أو قالت: بارك الله لنا، أو قالت: أحسنت، أو قالت: أصبت، قال الفقيه أبو القاسم رحمه الله تعالى: إنه ليس بإجازة، وذكر الصدر الشهيد في أول نكاح "واقعاته": أنه إجازة، وهو المختار، واختاره الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى، إلا إذا علم بيقين أنه أراد به الاستهزاء، فحينئذ لا يجعل إجازة. قال: وكذلك هذا في البيع، والطلاق. وكذلك إذا هنأه قوم وقبل التهنئة، لا يكون إجازة. وذكر في "شرح المنتقى"(٢): أن من باع عبد الغير بغير إذنه، فقال صاحب العبد: أحسنت، أو أصبت، أو وفقت، أو قال: كفيتني مؤنة البيع، فأحسنت فجزاك الله تعالى خيراً، إن ذلك ليس بإجازة. ولو قبض الثمن من المشتري فهو إجازة. وذكر هذه المسألة في موضع آخر من هذا الكتاب، وذكر قوله: أحسنت ووفقت، إجازة. في الباب الأول من نكاح "واقعات الصدر الشهيد": إذا قال لأجنبية: إني أريد أن أزوّجك من فلان، فقالت بالفارسية: تو به داني، لا يكون إذناً منها، ولو قالت: ذلك إليك، فهو إذنٌ وتوكيل، وهكذا ذكر في "أجناس الناطفي" عن أبي يوسف رحمه الله تعالى.

٣٤٨٧- وفي "واقعات الناطفي": العبد إذا طلب من المولى أن يأذن له في النكاح، فقال المولى: ذلك إليك، فهو إذن. ولو قال: أنت أعلم، أو قال بالفارسية: تو ميداني، ليس ذلك بإذن(٣)؛ لأن قوله تو ميداني، يحتمل أنه أراد به: تو ميداني كه اين كار نبايد كرد، وبعض المشايخ قالوا: قوله تو ميداني، وتو داني في عرفنا تفويض وتوكيل، بمنزلة قوله: ذلك إليك، وهكذا حكي عن الفقيه أبي بكر الإسكاف رحمه الله تعالى، أنه كان يقول: إن قوله: تو ميداني، إذن. ووافقه في ذلك الفقيه أبو القاسم أحمد بن حنبل رحمه الله تعالى.

٣٤٨٨- رجل زوّج امرأة من رجل بغير أمرها، فبلغها الخبر فقالت: باك نيست، فهذا إجازة، هكذا ذكر الفقيه أبو الليث، وهو قول الفقيه أبي جعفر رحمه الله تعالى؛ لأن هذا

(١) وفي "ظ": ابنته

(٢) وفي "م": في شرح "المنتقى"

(٣) وفي "م": فذلك ليس بإذن.

ذلك] [1] بقولها: لا أرضى، ولكني قد أجزت، أو رجعت بقولها: أنا كارهة لكني قد أجزت، فهو في القياس باطل، لكني قد أجيزه في الاستحسان.

٣٤٩١- وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا زوج رجل امرأة من رجل بغير أمرها، فبلغها فقالت: لا أجيز، فقال لها: افعلي، فقالت: قد أجزت، لم يجز وقد بطل النكاح حين ردّت. ثم قال: إذا ردّت ما قد وقع، لم يكن لها أن تجيزه، وإذا كان لم يقع بعد مثل مخاطبة الزوج إيّاها فردّت، كان لها أن تجيزه. وعن هذا قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إذا قال لامرأة: زوجيني نفسك على ألف، فقالت: لا أفعل إلا بألفين، فقال: اتق الله وأجيبيني، فقالت: قد فعلت، كان جائزا.

٣٤٩٢- في فتاوى أبي الليث: المرأة إذا بلغها خبر النكاح، فأخذها السعال أو العطاس، فلم يمكنها الرد، فلما ذهب ذلك عنها، قالت: لا أرضى، صح الرد [وكذلك إذا أخذ فمها فلم يمكنها الردّ، فلما تركت قالت: لا أرضى، صح الرد] [2]. وإن تركت الردّ حالة ما بلغها الخبر، لأنها تركت بعذر. وفيه: قالت المرأة لوليها: لا تزوجني من فلان، فإني لا أريده، فزوّجها الولي من فلان، فبلغها الخبر فرضيت، جاز النكاح؛ لأن المنع عن الفعل في حال لا يمنع الرضا به في حال أخرى. ولو قالت: كنت قلت: لا أريد فلانا، ولم تزد على هذا، لم يجز النكاح؛ لأنها أخبرت عن رأيها الأول.

٣٤٩٣- الأم إذا زوّجت ابنتها الصغيرة حال غيبة أبيها، فلما حضر الأب قال لها: لم زوجتي؟ أو قال: أين تركتي نصيحتي بنت، فهذا لا يكون ردًّا للنكاح. الأم إذا زوّجت ابنتها الصغيرة ولها أب، وسلّمت الابنة نفسها بعد البلوغ، فهذا منها إجازة للنكاح. سئل أبو نصر رحمه الله تعالى عن امرأة زوّجها وليّها، فبلغها الخبر فردّت النكاح، ثم عاد إليها وليّها في مجلس آخر، فقال: إن أقواما يخطبونك، فقالت: أنا راضية بما تفعل أنت، فزوّجها الولي من الذي قد ردّته، فأبت أيجب أن تجيز هذا النكاح، قال: لها أن تردّه؛ لأن قولها: أنا راضية بما تفعله، ليس بتفويض عام، ولها أن تصرف ذلك إلى غير الأول من الرجال؛ لأن تقدير هذا الكلام كأن الولي قال لها: إن أبيت فلانا فقد خطبك قوم آخرون، فماذا تقولين؟ وقالت: قد رضيت بما تفعل، فيكون ذلك رضى بغير الأول، بمنزلة من قال لغيره: إني كرهت صحبة امرأتي فلانة وطلّقتها، فزوّجني امرأة ترضاها لي، فزوّجه المطلقة لم يجز، كذا ههنا

---

(١) هكذا في ب.

(٢) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ط و م و ف.

الفصل الثالث فيما يكون إقرارًا بالنكاح، وما لا يكون إقرارًا به

٢٤٩٦ - قال محمد رحمه الله تعالى في إقرار الأصل: إذا قالت امرأة لرجل: طلِّقني، فهذا إقرار منها بالنكاح؛ لأنها طلبت منه ما لا صحة له شرعًا إلا بالنكاح، فتضمَّن ذلك إقرارًا بالنكاح، ولأن الطلاق لرفع قيد النكاح، فقولها: طلِّقني بمنزلة قولها: ارفع عنّي قيد النكاح الذي لك عليّ. وكذلك إذا قال: اخلعني بألف درهم، فهذا أظهر من الأول؛ لأنها التزمت البدل، والبدل لا يلزمها إلا بزوال ملك الزوج عليها بالخلع.

٢٤٩٧ - وكذلك إذا قالت: طلقتني أمس بألف درهم، خلعتني أمس بألف درهم، أنت منّي مظاهر، أنت منّي مولٍ؛ لأنه لا صحة لشيء مما أخبرت إلا بعد صحة النكاح، فتضمن ذلك إقرارًا منها بصحة النكاح، وكذلك إذا قال الرجل لامرأة: اختلعي منّي بمال، فهذا إقرار منه أنه تزوّجها، وكذلك إذا قالت: طلّقني، فقال لها: اختاري، أمرك بيدك في الطلاق، فهذا إقرار منه بالنكاح.

٢٤٩٨ - ولو قال الرجل: والله لا أقربك [أبدًا][1] لا يكون إقرارًا منه بالنكاح، بخلاف قوله: أنا منك مولٍ؛ وهذا لأن قوله: والله لا أقربك محتمل، يحتمل والله لا أقربك؛ لأنه لا ملك لي عليك، و[يحتمل][2] لا أقربك مع أن لي عليك ملكًا على قصد الإضرار والتعنُّت، والمحتمل لا يصلح لبناء الحكم عليه، قوله: أنت عليّ حرام، أنت منّي بائن، أمرك بيدك، اختاري، اعتدّي، لا يكون إقرارًا بالنكاح إلا إذا خرج جوابًا لقولها طلّقني؛ لأن هذه الألفاظ عند مذاكرة الطلاق مستعينة[3] للطلاق. ولهذا لا يحتاج إلى النيّة، وإيقاع الطلاق إقرار بالنكاح. ولو قال لها: أنت عليّ كظهر أمّي، فهذا لا يكون إقرارًا بالنكاح؛ [لأن هذا إخبار منه بحرمتها، وهو ضدّ موجب النكاح][4]، بخلاف قوله: ظاهرتك، أنا منك ظاهر، فإنّ هذا يكون إقرارًا بالنكاح، ولو قال لها: ألم أطلّقك أمس؟ أما طلّقتك أمس؟ فهذا إقرار بالنكاح؛

(١) أثبت من ب.

(٢) هكذا في م.

(٣) وفي م و ب: متعينة.

(٤) أثبت من ب و م.

لأن في مثل هذا الاستفهام بمعنى التقرير، قال الله تعالى: ﴿أَلَمْ يَأْتِكُمْ رُسُلٌ مِّنكُمْ﴾[1]، أي أتاكم، وتقرير الطلاق لا يكون إلا بعد النكاح، فكان إقرارًا بالنكاح.

ولو قال لها: هل طلقتك أمس؟ فهذا إقرار منه بالنكاح، ولا يكون إقرارًا بالطلاق؛ لأن مثل هذا [الاستفهام][2] للاستكشاف لا للتقرير، فلا يصير به مقرًا بالطلاق، ويكون استكشاف الطلاق لا يكون إلا بعد النكاح، فكان إقرارًا منه بالنكاح. وإذا قال لامرأة حرة: هذا ابني منك، فقالت: نعم، أو قالت حرة لرجل ذلك، فقال الرجل: نعم، كان هذا إقرارًا بالنكاح؛ لأن ثبوت النسب باعتبار الفراش، والأصل فيه الفراش الصحيح؛ لأن الشرع إنما ورد بالصحيح دون الفاسد، ولا يثبت الفراش الصحيح على الحرة إلا بالنكاح، فكان اتفاقهما على النسب اتفاقًا على سببه وهو النكاح، حتى لو كان مكان الحرة أمة، لا يكون إقرارًا بالنكاح، هذه الجملة من إقرار الأصل.

٣٤٩٩- وفي «المنتقى»: إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: امرأة قالت لرجل: أنا امرأتك، فقال الرجل: أنت طالق، فهذا إقرار منه بالنكاح. قال في «الأجناس»: وهذا بخلاف ما لو قال لها ابتداء: أنت طالق، حيث لا يكون ذلك إقرارًا بالنكاح، وأشار إلى الفرق فقال: الطلاق يفضي إلى انقطاع الزوجية، ولا زوجية بين الأجنبي، ولا كلامه على وجه الجواب؛ لأن من حكم الجواب أن يكون منصرفًا على السؤال، وقد تقدم ذكر الزوجية فيها، فقوله لها: أنت طالق، تقديره عن الزوجية التي تدعيها، فيكون إقرارًا بالزوجية. وفي «الأجناس» أيضًا: لو قالت: أنا امرأتك، فقال: ما أنت امرأتي، وأنت طالق، فهذا لا يكون إقرارًا بالنكاح.

٣٥٠٠- وفي «المنتقى»: امرأة قالت للقاضي: فرق بيني وبين هذا، فهذا لا يكون إقرارًا بالنكاح، وفيه أيضًا: عيسى بن أبي عمرو، وفي [«الإملاء»][3]: رجل قال لامرأة: إني أريد أن أشهد أني قد تزوجتك فيما مضى لأمر حدث، فأقري بذلك أيتها المرأة، فقالت: نعم، فأشهد بذلك وصدقته المرأة ثم تصادقا على ما كانا، فالقول قولهما، لا نكاح بينهما. وأما الطلاق والعتاق في المرأة والعبد والأمة فلا يصدقان على إبطالهما في القضاء، وأما فيما بينهم وبين الله تعالى فهي امرأته، والعبد والأمة رقيقين للمولى.

(١) الأنعام: ١٣٠.

(٢) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: الكلام.

(٣) هكذا في [illegible]، وكان في الأصل: [illegible] الثلاث.

٣٥٠١ - وفي نكاح "الأصل": إذا تزوّج امرأة في عقدة، وامرأتين في عقدة، وثلاثًا في عقدة، ولا يعرف الزوج أيتهن الأولى، إلا أنه يعرف أنه جامع امرأة منهن، أو طلّقها، أو ظاهر منها، كان إقرارًا منه أنها هي الأولى.

ومما يتصل بهذا الفصل

٣٥٠٢ - ما ذكر في "المنتقى" أيضًا: قال هشام: سألت محمدًا رحمه الله تعالى عن أختين: إحداهما فاطمة، والأخرى خديجة، فقال رجل: قد تزوّجت فاطمة بعد خديجة، فأخبرني أن أبا يوسف رحمه الله تعالى قال: فاطمة امرأته؛ لأنه تكلّم بها أولًا. قال محمد: وهو كما قال الزوج؛ لأنه رجل وحّد بين الأختين، واجعل خديجة امرأته، وأفرق بينه وبين فاطمة. وكذلك لو أن امرأة قالت: تزوّجت أبا موسى بعد ما تزوّجت أبا حفص، وادّعى الرجلان تزويجها، فهي امرأة أبي موسى عند أبي يوسف رحمه الله تعالى، فلا تصدّق عليه. وقال محمد: تصدّق عليه، وإن سألها القاضي فقال: من تزوّجت؟ فقالت: تزوّجت أبا موسى بعد ما تزوّجت أبا حفص، فهي امرأة أبي حفص إذا كان جواب "المنطق"[1] استحسانًا، استحسن ذلك أبو يوسف رحمه الله تعالى، ذكر هذا الاستحسان في "المنتقى" في مسألة أخرى هي من جنس هذه المسألة، وقال ثمة. وكذلك إذا قال: بعت عبدي من هذا بعد ما بعته منك، فهو مثل التزويج.

٣٥٠٣ - وفيه أيضًا: بشر عن أبي يوسف: امرأة قالت: تزوّجتُ هذا الرجل أمس، ثم قالت: تزوّجتُ هذا الرجل الآخر منذ سنة، فهي امرأة صاحب الأمس؛ لأنها أقرّت له أول مرة، فإن شهد الشهود على إقرارها[2] لهما جميعًا، ولم أسأل الشهود بأيهما بدأت، ثم أنفذ الحكم عليه، ولو قالت: تزوّجتهما جميعًا أمس، وهذا منذ سنة، كانت امرأة صاحب الأمس.

---

(١) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: "نطق".

(٢) هكذا في جميع النسخ التي عندنا.

الفصل الرابع في الشروط والخيار في النكاح

٣٥٠٤- الخيارات التي تثبت في العقود أنواع أربعة: خيار شرط، وخيار عيب، وخيار رؤية، وخيار إجازة، فخيار الإجازة يثبت في النكاح كما يثبت في سائر العقود، وخيار الرؤية لا يثبت في النكاح، وخيار الشرط كذلك لا يثبت في النكاح، ولا يبطل به النكاح عندنا. وخيار العيب لا يثبت للزوج عندنا، وكذلك لا يثبت للمرأة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى. وعند محمد: يثبت لها الخيار في العيوب الخمسة التي عرفت، إذا كان على صفة لا يطيق المقام معه. وإذا شرط أحدهما السلامة لصاحبه عن العمى، والشلل، والزمانة، فوجد بخلاف ذلك لا يثبت الخيار [وكذلك لو شرط أحدهما على صاحبه صفة الجمال، أو شرط الزوج عليها صفة البكارة، فوجد بخلاف ذلك لا يثبت الخيار](1) ومسألة اشتراط البكارة يأتي بعد هذا.

٣٥٠٥- في الملتقط: ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: إذا قال الرجل لغيره: زوجتك أمتي فلانة بكذا إن رضيت، وقبل ذلك الغير، فالنكاح جائز، والشرط باطل، ولو قال: بعتك عبدي هذا إن رضي فلان، وسمى رجلا أجنبيا، فالبيع جائز، والشرط جائز. قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله تعالى: تأويله عندي إذا بين وقت الرضا بأن قال: اليوم، أو غدا، وما أشبه ذلك.

٣٥٠٦- وفيه أيضا: هشام عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا قال لامرأة: قد تزوجتك بألف درهم إن رضي فلان اليوم، فإن كان الفلان حاضرا فقال: قد رضيت، جاز النكاح استحسانا، وإن كان غير حاضر لم يجز، وليس هذا كقوله: قد تزوجتك، وللفلان الرضا، عند قوله قد أوجب(2) شرط الخيار [والأول لم يوجب، وجعل الإيجاب مخاطرة، ولو قال: زوجتك اليوم على أن لك المشيئة اليوم إلى الليل، فالنكاح جائز والشرط باطل، وهو مثل شرط الخيار](3).

٣٥٠٧- وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: تزوج امرأة على أن أباه بالخيار،

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

(2) وفي ب و ظ و م: يوجب.

(3) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

صح النكاح فلا خيار. ولو قال: تزوجتك إن رضي أبي، لم يصح، قال الفقيه أبو الليث: لأنه علّق النكاح بالخطر ولا تعلّق لذلك، وهي الأولى وقع في الحال.

٣٥٠٨- في "مجموع النوازل": سئل شيخ الإسلام عن رجل خطب إلى رجل ابنته الصغيرة لابنه الصغير، وقال المخطوب إليه: زوّجتُها من فلان قبل هذا، ولم يصدّقه الخاطب، فقال المخطوب إليه: إن لم أكن زوّجتها من فلان فقد زوّجتُها من ابنك فلان، فقال الآخر: قبلت، وذلك بمحضر الشهود، فظهر أنه لم يكن زوّجها من فلان، هل ينعقد هذا النكاح بهذه الكلمات؟ قال: نعم، فقيل[1]: أليس هذا تزويجًا معلقًا بالشرط؟ قال: هذا تعليق بما هو موجود في الحال، ومثل هذا التعليق تحقيق.

٣٥٠٩- في "شرح الزيادات": إذا قال لأمته: تزوّجتُك على أن أعتقك، أو قالت الأمة: تزوّجني على أن تُعتقني، فقبل: جاز العتق، ولا يجوز النكاح؛ لأن العتق يتأخر عن النكاح، فيصير متزوّجًا أمة نفسه. ولو قال لها: تزوّجتُك على عتقك، أعتقك على بضعك، أعتقك على تزوّجك فقبلت، فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى في هذه الفصول، عامّتهم على أنه لا يصح النكاح؛ لأن النكاح يقارن العتق ههنا لكونه بدلا عن النكاح، ثم العتق يصادفها وهي أمة، فكذا النكاح. وكان القاضي الإمام أبو حازم رحمه الله تعالى يقول: يصح النكاح في هذه الفصول؛ لأنهما تصرّفان لا يصح أحدهما وهو النكاح، إلا بتقديم الآخر وهو العتق، فوجب القول بتقديم العتق، كما في قوله: أعتق عبدك مني على ألف درهم، والصحيح ما ذهب إليه عامة المشايخ رحمهم الله تعالى؛ لأن النكاح مع العتق ذكر على سبيل العوض والمعوض [وما ذكر على سبيل العوض][2] يقترن ثبوته بالمعوض لا يسبقه، فصادفها النكاح وهي أمة، بخلاف قوله: أعتق عبدك مني على ألف درهم؛ لأن هناك البيع يثبت شرطًا للعتق لا عوضًا عنه، والشرط يثبت أبدًا سابقًا إذا أمكن تقديمه على الإعتاق، أما ههنا بخلافه.

٣٥١٠- إذا تزوّجها على أن يعتق أخاها، فقبلت جاز النكاح، ولا يعتق الأخ إلا بإعتاق مستأنف؛ لأن العتق ههنا موعود، ولا يجبر الزوج على الإعتاق؛ لأن العتق كان موعودًا، ولا جبر في المواعيد، بعد هذه المسألة على وجهين: إما أن أعتق الزوج أخاها، أو لم يعتق. فإن لم يعتق ينظر إن كان لم يسمّ لها مهرًا، فلها مهر مثلها، وإن كان سمّى لها مهرًا، فإن كان المسمّى

---

(١) وفي "ظ": قال.

(٢) هكذا في "ظ".

٣٥١٨- قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى : لو بدأ العبد بقوله : زوّجني على أن أمرها بيدك ، فزوّجها لا يكون الأمر بيده ؛ لوجود التفويض قبل النكاح . فإن بدأ المولى ، فقال المولى : زوّجتها منك على أن أمرها بيدي أطلّقها كلما أريد ، فقال العبد : قبلت ، صار الأمر بيده لوجود التفويض بعد النكاح ، بيانه أن العبد لما قال : قبلت في هذه الصورة صار كأنه قال : قبلت على أن أمرها بيدك ، فطلّقها كما تريد ، فيكون التفويض بعد النكاح .

٣٥١٩- ونظير هذا رجل قال لامرأة : تزوّجتك على أنك طالق ، أو على أن أمرك بيدك تطلّقين نفسك كلما تريدين ، فقبلت لا يقع الطلاق ، ولا يصير الأمر بيدها ، ولو بدأت فقالت : زوّجتُ نفسي منك على أني طالق ، أو على أن أمري بيدي أطلّق نفسي كلما أريد ، فقال الزوج : قبلت ، جاز النكاح ، ووقع الطلاق ، وصار الأمر بيدها ، وتصير هذه المسألة حيلة لمطلّقة ثلاثاً ، إذا خافت من المحلّل أن يمسكها ، ينبغي أن تبدأ هي ، وتقول للزوج : زوّجت نفسي منك على أن أمري بيدي أطلّق نفسي منك [كلما أريد][1] ، ثم يقبل الزوج ، فيصير الأمر بيدها تطلّق نفسها كلما أرادت .

٣٥٢٠- ولو كان الزوج قال لها : تزوّجتك على أنك طالق بعد ما أتزوّجك ، أو على أن أمرك بيدك بعد ما أتزوّجك ، تطلّقين نفسك كلما تريدين ، فقالت المرأة : قبلت ، تطلق ولا يصير الأمر بيدها . وفي « المنتقى » : الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، إذا قال لها : أتزوّجك على أن أمرك بيدك بعد ما أتزوّجك شهراً ، فالنكاح جائز ، وأمرها بيدها شهراً منذ تزوّجها ، فإن اختارت زوجها في يوم من الشهر لم يبطل خيارها في باقي الشهر ، وروى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : أنه يبطل خيارها في باقي الشهر .

٣٥٢١- تزوّج امرأة على أن يأتي بعبدها لأبي ، يجوز النكاح فلها مهر مثلها ، هكذا قاله الفقيه أبو القاسم رحمه الله تعالى . وعنه أيضاً : تزوّج امرأة على أنه مفلس ، فإذا هو قروي ، لا خيار لها . وفي « الجامع » : قال أبو الليث الكبير رحمه الله تعالى : زوّج أمته رجلاً على أن كل ولد تلده فهو حرّ ، فالنكاح جائز والشرط كذلك ، وكل ولد تلده فهو حرّ .

٣٥٢٢- وفي « فتاوى أبي الليث » : رجل تزوّج امرأة ، ولم يسمّ لها مهراً ، على أن تدفع المرأة إلى الزوج هذا العبد ، يقسّم مهر مثلها على قيمة العبد ، وعلى مهر مثلها ؛ [لأنها ملكت البضع ، والعبد بإزاء مهر مثلها ، والبدل ينقسم على قدر قيمة المبدل][2] ، فما أصاب قيمة

(١) أثبت من ط و ف .

(٢) أثبت من ب و ف و م .

العبد، فالبيع فيه باطل؛ لأنها باعته بشيء مجهول، ويصير الباقي مهراً لها.

٣٥٢٣-وفي "واقعات الناطفي": رجل قال لامرأة: أتزوجك على أن تعطيني عبدك هذا، فأجابته بالبكاء، فالنكاح جائز بمهر المثل، ولا شيء له من العبد. قوله: "لا شيء له من العبد" ظاهر؛ لأنه اشترى العبد شراء باطلاً، لأنه اشتراه بثمن مجهول. وقوله: "فالنكاح جائز بمهر المثل"، تفسيره ما قلنا في المسألة المتقدمة: إن مهر مثلها يقسم على مهر مثلها، وعلى قيمة العبد، فما أصاب مهر مثلها يصير مهراً لها.

الفصل الخامس
في تعريف المرأة والزوج في العقد بالتسمية والإشارة

٣٤٢٤- امرأة وكّلت رجلاً ليزوّجها من نفسه، فذهب الوكيل، وقال لجماعة: اشهدوا أني قد تزوّجت فلانة، ولم يعرف الشهود فلانة، لا يجوز النكاح ما لم يذكر اسمها، واسم أبيها، واسم جدّها؛ لأنها غائبة، والغائبة لا تعرف إلا بهذه الأشياء، ألا ترى أنه لو قال بين يدي الشهود: تزوّجت امرأة وقد وكّلتني بنكاحها، لا يجوز، وإنما لا يجوز لما قلنا. هكذا ذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالى في الباب الأول من واقعاته.

٣٤٢٥- وذكر الخصّاف في حيله مسألة تدل على أن مثل هذا التعريف يكفي لجواز النكاح، وصورة ما ذكر الخصّاف: رجل خطب امرأة إلى نفسها، فأجابته إلى ذلك، وكرهت أن يعلم بذلك أولياؤها، فجعلت أمرها في تزويجها إليه، واتفقا على المهر، فكره الزوج أن يسمّيها عند الشهود، قال: ينبغي للزوج أن يقول بين يدي الشهود: إني خطبت امرأة إلى نفسي، وبذلت لها من الصداق كذا وكذا، فرضيت بذلك، وجعلت أمرها إليّ بأن أزوّجها، فأشهدكم أني قد تزوّجت المرأة التي جعلت أمرها إليّ على صداق كذا وكذا، فينعقد النكاح بينهما إذا كان كفؤاً لها.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى: إن الخصّاف كبير في العلم، وهو من جملة من يصح الاقتداء به، قال رحمه الله تعالى: وذكر في «المنتقى» أيضاً أن مثل هذا التعريف لا يكفي، فيتأمل عند الفتوى، هذا إذا كان الشهود لا يعرفون فلانة، فأما إذا كانوا يعرفونها فذكر الزوج اسمها لا غير، جاز النكاح، وإن كانت غائبة إذا عرف الشهود أنه أراد به المرأة التي يعرفونها؛ لأن المقصود هو التعريف، وقد حصل التعريف بمجرّد ذكر الاسم.

٣٤٢٦- وفي «البقالي»: أنه إذا لم يسمّها الزوج، ولم يعرفها الشهود وسعه فيما بينه وبين ربّه، وفيه أيضاً إذا قال: المرأة التي هي في هذا البيت، جاز إن كانت وحدها، وإن كانت المرأة حاضرة إلا أنها متنقّبة لا يعرفها الشهود، فقال الزوج: تزوّجت هذه المرأة، وقالت المرأة: زوّجته، جاز وهو المختار خلافاً لما يقوله نصير رحمه الله؛ لأنها حاضرة، والحاضرة تعرف بالإشارة، والاحتياط أن تكشف وجهها، أو تذكر أبوها، وجدّها، فيقع الأمن من أن يرجع

الأمر إلى القاضي الذي يميل إلى قول محمد، فيبطل النكاح.

٣٥٢٧- جارية لها اسم سُمّيت به في صغرها، فلما كبرت سميت باسم آخر، تزوّج باسمها الآخر، جاز إن صارت معروفة بهذا الاسم.

٣٥٢٨- في نكاح فتاوى أبي الليث: رجل له بنت واحدة اسمها فاطمة، فقال لرجل: زوجتُ منك ابنتي عائشة، ولم تقع الإشارة إلى شخصها، ذكر في فتاوى الفضلي أنه لا ينعقد النكاح، لأنه إذا لم تقع الإشارة إلى شخصها كان انعقاد النكاح بالتسمية، وليس له ابنة بهذا الاسم، ولو قال: زوجت ابنتي منك، ولم يزد على هذا، وله ابنة واحدة يجوز، لأنه أمكن تصحيح النكاح بدون التسمية.

٣٥٢٩- وفي أول شرح فتاوى الأصل: إذا قال لامرأة: بعتك عبدي، أو قال: عبدا لي، وليس له إلا عبد واحد، هل يجوز البيع؟ اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، بعضهم قالوا: يجوز، كما لو قال: بعتكِ عبداً لي في مكان كذا، وليس له في ذلك المكان إلا عبد واحد، وذلك جائز بلا خلاف، وبعضهم قالوا: لا يجوز، وإليه أشار محمد رحمه الله تعالى في باب المفاوضة على العتق، وبه أخذ شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى، فيجوز أن تكون مسألة النكاح على الاختلاف بين المشايخ كمسألة البيع.

٣٥٣٠- في فتاوى الفضلي أيضا: إذا كان للرجل ابنتان الكبرى منهما عائشة، والصغرى اسمها فاطمة، فأراد أن يزوّج الكبرى، وعقد النكاح باسم فاطمة بأن قال: زوجت منك ابنتي فاطمة، ولم يشر إلى إحداهما، ولم يقل: ابنتي الكبرى، ينعقد النكاح على فاطمة، ولو قال: زوجت منك ابنتي الكبرى فاطمة لم يذكر هذا الفصل هنا، قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى في واقعاته: يجب أن لا ينعقد النكاح أصلا، لأنه ليس له بنت كبرى بهذا الاسم. إذا أراد أن يزوّج ابنته من إنسان، فقال: زوجتُ منك ابنتي فلانة، أو قال: بعينها، جاز إذا لم يكن له بهذا الاسم إلا ابنة واحدة. وكذا لو أراد أن يزوّج امرأة من نفسه، فقال: زوّجتُكِ من نفسي بكذا، جاز إذا لم يكن له علامة غير هذا الاسم، ألا يرى أنه إذا زوّج ابنته بغيبتها: زوجت ابنتي فاطمة مثلا، وإذا أراد أن يزوّج ابنه، يقول: ابني أحمد مثلا، يجوز إذا لم يكن له ابن آخر، وابنة أخرى بهذا الاسم، كذا هنا.

٣٥٣١- وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: رجل أراد أن يزوّج ابنته الصغيرة من ابن صغير لغيره، فقال أبو الصغيرة لأب الصغير: زوجت ابنتي الصغيرة فلانة لابنك الصغير فلان، وقال أب الصغير: قبلت، جاز النكاح للأب، وإن لم يقل الأب: قبلت للابن؛ لأن

المزوّج أوجب العقد للابن ، وقبول المزوّج جواب ، والجواب يتقيّد بالإيجاب ، فكأنه قال : قبلت للابن ، وفي هذا الموضع أيضاً : رجل خطب لابنه الصغير امرأة ، فلما اجتمعا للعقد قال أب المرأة لأب الصغير بالفارسية : خادم تراباين دختر بزني بمزار درم ، فقال أب الابن : پذيرفتم ، يجوز النكاح للأب ، وإن جرى بينهما مقدّمات النكاح للابن ، هو المختار ؛ لأن الأب أضاف النكاح إلى نفسه ، وهذا أمر يجب أن يحتاط فيه .

٣٥٣٢- وفي «البقالي» : إذا خطب الرجل صغيرة لابنه الصغير ، فقال أب الصغيرة لأب الصغير : وهبتها لك ، فقال أب الصغير : قبلتها لابني جاز .

٣٥٣٣- في «مجموع النوازل» : سئل شيخ الإسلام الإمام خواهر زاده رحمه الله تعالى عن رجل قال لآخر : زوّجت ابنتي فلانة من ابنك فلان بكذا ، ولفلان ابنان ، فقال فلان : قبلت لابني ، ولم يقل : فلان ، لا يجوز النكاح ، ولو قال : قبلت ، ولم يقل : لابني ، جاز النكاح للابن المسمى في التزويج ؛ لأن في الفصل الثاني أمكن جعل قوله : «قبلت» جواباً للإيجاب السابق ؛ لأنه لم يزد على حرف الجواب ، فتقيّد بالإيجاب ، وصار كأنه قال : قبلت لابني فلان ، أما في الوجه الأول زاد على حرف الجواب ، وقصّر عن التمام ، فلا يمكن أن يجعل جواباً ، فلا يتقيّد بالإيجاب ، فبقي القبول مبهماً فلا يصحّ .

فالحاصل : أنه إذا كان للمزوّج ابنة واحدة ، وللقابل[1] ابن واحد ، فقال : زوّجت ابنتي من ابنك ، يجوز على ما ذكر الفضلي ، وعلى قياس مسألة البيع المذكور في العتاق يكون فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى ، وإن كان للمزوّج ابنة واحدة ، وللقابل ابنان ، فسمى المزوّج الابنة ، والابن باسمهما ، إن سمّى القابل الابن باسمه ، صحّ النكاح للابن المسمّى ، وكذلك إذا لم يسمّه ، واقتصر على قوله : قبلت ، يجوز النكاح للابن المسمّى ، ويجعل قول القابل : قبلت جواباً ، فيتقيّد بالإيجاب ، ولو ذكر القابل الابن إلا أنه لم يسمّه باسمه ، بأن يقول : قبلت لابني ، لا يصح ؛ لأنه لا يمكن أن يجعل جواباً ، لأنه زاد على حرف الجواب ، فإنه كان يكفيه قبلت ، بخلاف ما إذا سمّى الابن باسمه ؛ لأنه زاد على حرف الجواب لما قصر عن التمام ، وجنس هذا في الجامع في الأيمان .

(١) وفي «ب» : وللأب ، وفي «م» : وللقابل.

الفصل السادس في بيان الكفاءة

٣٥٣٤- الكفاءة معتبرة في باب النكاح ، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام فيما رواه عنه جابر رضي الله تعالى عنه : «لا يُنكح النساء إلا من الأكفاء» ، وقال عليه الصلاة والسلام : «ألا لا يُزوِّج النساء إلا الأولياء ، ولا يُزوَّجن إلا من الأكفاء»[1] ، والحكمة في اشتراطها تحقيق ما هو المقصود من النكاح ، وهو السكن والازدواج ، إذ المرأة تعير باستفراش من لا يكافئها ، ثم اعتبارها من وجوه :

أحدها : النسب ، واعلم أن الناس طبقات ثلاث : قريش ، والعرب ، والموالي ، فقريش بعضهم أكفاء لبعض ، والعرب بعضهم أكفاء لبعض ، ولا يكون العرب أكفاء لقريش ، والموالي بعضهم أكفاء لبعض ، ولا يكون الموالي أكفاء للعرب ، ولا لقريش . وقال شيخ الإسلام المعروف بـ خواهر زاده رحمه الله تعالى : الكفاءة فيما بين الموالي تعتبر بالإسلام لا بالنسب ؛ لأن الموالي ضيّعوا أنسابهم ، فلا يعتبر في حقهم النسب ، وما قال محمد رحمه الله تعالى في الكتاب : الموالي بعضهم أكفاء لبعض ، إلا أن يكون أمراً[2] مشهوراً ، فإنما قال ذلك تعظيماً لأمر الخلافة ، أو تسكيناً للفتنة ، والعالم يكون كفؤاً للعلوية ؛ لأن العالم شرف الكسب ، يعني بكسب العلم[3] ، وللعلوية شرف النسب ، وشرف الكسب أوفى ، وعن هذا قيل : إن عائشة رضي الله تعالى عنها أوفى[4] من فاطمة رضي الله تعالى عنها ؛ لأن لعائشة شرف كسب العلم ، قال رسول الله ﷺ : «إنكم تأخذون ثلثي دينكم من عائشة ، ولفاطمة شرف النسب» .

٣٥٣٥- والثاني : المال ، إلا رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى رواه ابن زياد أن الكفاءة في المال غير معتبرة ، وفي ظاهر الرواية معتبرة ، والمعتبر فيه القدرة على المهر والنفقة ، ولا يعتبر الزيادة على ذلك ، حتى إن من كان قادراً على المهر والنفقة كان كفؤاً لها ، وإن كانت صاحبة أموال كثيرة ، وهو الصحيح من المذهب ، وإن كان يقدر على نفقتها

---

(١) نقل الزيلعي في "نصب الراية" (٣ : ٢٤٧) . أخرجه الدارقطني ، ثم البيهقي في "سننيهما" .

(٢) وفي "ف" : نسب مشهوراً ، وفي "ب" و"م" و"ف" : أمراً مشهوراً .

(٣) وفي "ف" : يعني به كسب العلم .

(٤) وفي "ظ" : أفضل .

حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى خلافاً لأبي يوسف في الجد، ومن كان له أبوان في الحرية، كان كفؤاً لمن كان له ثلاثة آباء في الحرية، أو أكثر من ذلك، امرأة أمها حرة الأصل، وأبوها معتق قوم، فالمعتق لا يكون كفؤاً لها؛ لأن المعتق قد بقي فيه أثر من آثار الرق، وهو الولاء، والمرأة إذا كانت أمها حرة الأصل كانت من حرة الأصل، فلا يكون المعتق كفؤاً لهذه المرأة.

٣٥٤٠- في فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: في المنتقى: قال هشام: سمعت محمداً رحمه الله تعالى في رجل خطير زوّج ابنته من مملوك نفسه. قال: إن كانت الابنة كبيرة ورضيت به جاز، وإن كانت صغيرة [لم يجز، فقلت: إن أبا يوسف أجازه، فلم يقبل ذلك مني، وكذلك إذا زوّج ابنته من مكاتبه، إن كانت كبيرة ورضيت به جاز، وإن كانت صغيرة] (١) لا يجوز، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يجوز في الفصلين جميعاً. بناء على مسألة الكفاءة على ما يأتي بيانها في آخر الفصل - إن شاء الله تعالى -.

٣٥٤١- والرابع: إسلام الأب في الموالي، من أسلم بنفسه لا يكون كفؤاً لامرأة لها [أب في الإسلام، ومن له أب في الإسلام لا يكون كفؤاً لامرأة لها] (٢) أبوان في الإسلام عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى خلافاً لأبي يوسف في الجد، ومن كان له أبوان في الإسلام كان كفؤاً لامرأة لها ثلاثة آباء في الإسلام أو أكثر، والكلام في إسلام الجد، وفي حرية الجد مبني على أن التعريف هل يحصل بدون ذكر الجد؟ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: لا يحصل، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى يحصل، هذا في حق الموالي. وأما في حق العرب فإسلام الأب ليس بشرط.

٣٥٤٢- في المنتقى: إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: من كان له أب واحد في الإسلام، وله فضل ودين: هل يكون كفؤاً لمن له أبوان في الإسلام؟ قال: إذا كان مستوياً في المال على ما يرى الناس، فربما يكون الذي له أب كفؤاً لمن له أبوان، وكذلك هذا في الحرية. وروى المعلى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: من أسلم على يدي إنسان، لا يكون كفؤاً لمولى العتاقة. وذكر ابن سماعة عنه في الرجل أسلم والمرأة معتقة أنه كفؤ لها.

٣٥٤٣- والخامس: التقوى والحسب، حتى لا يكون الفاسق كفؤاً للعفيفة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، سواء كان معلن الفسق أو لم يكن. هكذا ذكر شيخ الإسلام، وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى: أن الصحيح عند أبي حنيفة أن الكفاءة في

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

(٢) أثبت من س و ف و م.

التقوى والحسب[1] غير معتبرة، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه اعتبر الكفاءة في الحسب، ولم يعتبرها في التقوى، وفسّر الحسب فقال: هو من مكارم الأخلاق، حتى روى عنه أن الذي يشرب المسكر، إن كان غير متهتّك بسكر حيث يسكر[2]، كان كُفُوًا لامرأة صالحة من أهل البيوتات [وإن كان يعبر ضحكة حيث يسكر ويستهزئ به، ويعير به، ويتهتك به، لايكون كُفُوًا لامرأة صالحة من أهل البيوتات، هكذا ذكر شمس الأئمة الحلواني، وذكر شمس الأئمة السرخسي عن محمد: أن الذي يسكر ويخرج ويستهزئ منه الصبيان، لايكون كُفُوًا لامرأة صالحة من أهل البيوتات][3] [وكذلك أعوان الظلمة منهم من لا يكون كُفُوًا لامرأة صالحة من أهل البيوتات][4]، وإن كان مهيبًا معظمًا في الناس فهو كُفُوٌ لامرأة صالحة من أهل البيوتات. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى، أنه قال في الذي يشرب المسكر: إن كان يشرب ذلك، ولا يخرج سكرانًا كان كُفُوًا لامرأة صالحة من أهل البيوتات، وإن كان يعلن ذلك لايكون كُفُوًا لها، فما ذكر شمس الأئمة السرخسي من قول محمد رحمه الله تعالى يوافقما ذكره شمس الأئمة الحلواني من قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، قيل: وعليه الفتوى.

٣٥٤٤- والسادس: الكفاءة في الحرف، فقد اعتبر أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة، وعن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه: أنّ الناس بعضهم أكفاء لبعض، إلا حائكًا، أو حجامًا[5]، وفي رواية: أو دباغًا، قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: ورابعهم الكناس، فواحد من هؤلاء الأربعة لايكون كُفُوًا للصيرفي والجوهري، وعليه الفتوى. وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي رحمه الله تعالى يقول: وههنا جنس خامس، أخس من كلهم، وهو الذي يخدم الظلمة [الذي يدّعي ساكريا وخائنا][6]، وإن كان صاحب مروة قال: نصفة الظلم فيه حسامة، لأنه يأكل من دماء الناس وأموالهم. بعد هذا المروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى، أنّ الحرف متى تقاربت لا يعتبر [التفاوت][7]، وتثبت

---

(١) وفي ظ: أن الكفاءة في الحسب، ولم يعتبرها في التقوى والحسب غير معتبرة.

(٢) وفي م: حتى.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٤) أثبت من م.

(٥) ذكره الزيلعي في "نصب الراية" (٣: ٢٥٠)، قال: أخرجه الدارقطني عن ابن عمر مرفوعًا.

(٦) هكذا في "ب" و"ظ" و"ف".

(٧) هكذا في "م"، وكان في النسخ التي عندنا: فتقارب.

الكفاءة، فالحائك يكون كُفُوًا للحجّام، والدبّاغ يكون كُفْوًا للكنّاس، والصفّار يكون كُفْوًا للحدّاد، والعطّار يكون كُفْوًا للبزاز، قال شمس الأئمة رحمه الله تعالى: وعليه الفتوى.

٣٥٤٥- والسابع: الكفاءة في العقل، فإنها معتبرة عند بعض المتأخرين من المشايخ رحمهم الله تعالى، حتى إنّ الزوج إذا كان مجنونًا لا يكون كُفْوًا للمرأة[1] العاقلة، وعند بعضهم غير معتبرة؛ لأنّ الجنون بمنزلة المرض، ثم سائر الأمراض لا تسلب الكفاءة، فكذلك الجنون.

٣٥٤٦- ثم المرأة إذا زوّجت نفسها من غير كُفْوٍ، صحّ النكاح في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وهو قول أبي يوسف آخرًا، وهو قول محمد آخرًا أيضًا: ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى، حتى إنّ قبل التفريق يثبت فيه حكم الطلاق، والظهار، والإيلاء، والتوارث وغير ذلك، ولكن للأولياء حق الاعتراض؛ لأنّ ألحقت الشين بالأولياء بنسبة من لا يكافئهم إليهم بالصهرية، وكان لهم أن يدفعوا هذا الشين عن أنفسهم، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: أنّ النكاح لا ينعقد، به أخذ كثير من مشايخنا رحمهم الله تعالى، ولا يكون التفريق بذلك إلا عند القاضي، يريد به أنه يبقى الولي أن يرفع الأمر إلى القاضي ليفسخ القاضي العقد بينهما، أمّا بدون فسخ القاضي لا ينفسخ النكاح بينهما، وإذا فسخ القاضي العقد بينهما يكون هذا فرقة بغير طلاق، حتى لو لم يكن الزوج دخل بها، فلا شيء لها من المهر، وإن كان قد دخل بها، فلها ما سمّي من المهر، وعليها العدّة، والذي يلي المرافعة إلى القاضي المحارم عند بعض المشايخ رحمهم الله تعالى، وعند بعضهم المحارم وغير المحارم في ذلك على السواء، حتى يثبت ولاية المرافعة لابن العم ومن أشبهه، وهو الصحيح.

٣٥٤٧- في "البقالي": وإذا زوّجها أحد الأولياء من غير كُفْوٍ برضاها، لا يكون للآخرين حق الاعتراض إذا كان مثل المزوّج أو دونه في الدرجة، أما إذا كان أقرب من المزوّج فله حق الاعتراض؛ لأنّ المزوّج لا يكون وليًا إذا كان لها وليّ أقرب منه، وكان هو وأجنبي آخر سواء، وسكوت الولي عن المطالبة بالتفريق لا يكون رضى منه بالنكاح من غير الكفؤ، وإن طال ذلك حتى تلد منه. وإذا زوّجها الولي من غير كفؤ، ثم فارقته، ثم زوّجت نفسها منه بغير إذن وليّ، كان للولي حق التفريق، ولا يكون رضاه بالنكاح الأول رضًا بالنكاح الثاني.

٣٥٤٨- في نكاح "الأصل": ولو طلّقها طلاقًا رجعيًا وراجعها [بعدها][2] رضي

(١) وفي ظ: للحرة.

(٢) هكذا في م، وكان في النسخ التي عندنا: بغير مكان بعد.

بالولي[1]، لا يكون للولي حق التفريق، في نظم الزندويستي يريد به إذا كان أصل النكاح بغير الولي. وإذا زوّج الأب ابنته الصغيرة من رجل، وهو ليس بكفء جاز في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافًا لهما. ولو زوّجها غير الأب والجد من رجل ليس بكفء لها، بأن زوّجها ممن لا يقدر على مهرها ونفقتها، وما أشبه ذلك[2]، فلا رواية في هذا الفصل عن أصحابنا المتقدمين، ولا عن أصحابنا المتأخرين. وإنما الرواية عن المتأخرين فيما إذا زوّجها غير الأب والجد، وقصّر في مهرها أنه لا يجوز النكاح، قال الفضلي: على قياس مسألة التقصير في المهر ينبغي أن لا يجوز هذا النكاح بلا خلاف، قيل له: إن كان عقد النكاح على أن فلانًا ضامن لها المهر والنفقة، قال: لا يجوز أيضًا، وكما يجوز في هذا إذا كان الزوج صغيرًا، وأبوه غني، فيكون غنيًا بغنى الأب استحسانًا.

٣٥٤٩- في فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: غير الأب والجد إذا زوّج الصغيرة من رجل كان جد جده معتق قوم، أو كان جد جده أسلم، وكان للصبية آباء أحرار مسلمون، ثم أدركت، فأجازت لم يجز؛ لأن هذا النكاح لم يكن موقوفًا، لأنه لم يكن له مجيز[3]، لأن نكاح هؤلاء من غير الكفء لا يجوز [وهذا ليس بكفء][4]، وهذا إنما يأتي على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى؛ لأن عندهما إسلام الجد وحريته شرط لصيرورة الرجل كفؤًا لامرأة لها آباء مسلمون وأحرار.

٣٥٥٠- وإذا زوّج الرجل ابنته الصغيرة من رجل على ظن أنه مصلح لا يشرب الخمر، أخبره الناس بذلك، ثم وجده الأب شريبًا مدمنًا، إن لم يعرف أن الرجل يشرب الخمر، وكان غلبة أهل بيته الصلاح، فالنكاح باطل؛ لأن الأب زوّجها على ظن أنه كفء، وهذه المسألة يجب أن تكون بالاتفاق، وإنما الخلاف بين أبي حنيفة رحمه الله تعالى وصاحبيه فيما إذا زوّجها من رجل عرفه غير كفء، فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يجوز؛ لأن الأب كامل الشفقة وافر الرأي، والظاهر أنه تأمل غاية التأمل، ووجد غير الكفء أصلح من الكفء، أما إذا ظن أنه كفء بالظاهر، فلم يتأمل وبنى الأمر على ظاهر الكفاءة فههنا افترقا.

٣٥٥١- في فتاوى أبي الليث أيضًا: في هذا الموضع امرأة زوّجت نفسها من غير

---

(١) وفي ف: [illegible] من الأولياء.

(٢) وفي ب [illegible] م: أو ما أشبه ذلك.

(٣) وفي م: [illegible].

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من ب و م.

الكفؤ بغير رضى الولي، فلها أن تمنع نفسها من الزوج ولا تمكّنه من وطئها، وهذا الجواب خلاف ظاهر الرواية، إنما هذا اختيار الفقيه أبي الليث رحمه الله تعالى، قال: لأن من حجة المرأة أن تقول: إنما تزوجت بك رجاء أن يجيز الولي، فإذا لم يجز فلي أن أمتنع منك. توضيحه: أن للولي حق الخصومة، فعسى أن يخاصم، ويفرق القاضي بينهما، فيكون هذا وطأً بشبهة، ومن مشايخ زماننا من قالوا: يجوز هذا النكاح، وأفتوا بظاهر الرواية، وقالوا: ليس لها أن تمنع نفسها من زوجها. وإذا أكرهت المرأة أن تزوّج نفسها من كفؤ بمهر المثل، ثم زال الإكراه فلا خيار لها، وأما إذا أكرهت المرأة على أن تزوّج نفسها من غير الكفؤ [أو](1) بأقلّ من مهر المثل، ثم زال الإكراه، لها الخيار.

3552- وإذا زوّجت المرأة نفسها من غير كفؤ بغير رضا الولي، فقبض الولي مهرها وجهازها، فهذا منه رضى وتسليم؛ لأن العقد توقّف على إجازة الولي، وقبض البدل(2) ممن توقف العقد على إجازته يكون رضا منه بالعقد دلالة، كما في البيع الموقوف، وأما إذا لم يقبض مهرها، ولكن خاصم زوجها في نفقتها، وتقدير مهرها عليه بوكالة منها، كان ذلك منه رضا وتسليمًا للعقد استحسانًا؛ لأن طلب المهر لم يكن لإثبات عدم الكفاءة عند القاضي، لأن عدم الكفاءة ثابت عند القاضي، لأن وضع المسألة فيما إذا زوّجت نفسها من غير كفؤ، فتعيّن أن يكون طلب المهر للاستيفاء، وذلك دلالة الرضى من غير احتمال، حتى لو لم يكن عدم الكفاءة ثابتا عند القاضي لا يكون ذلك رضا بالنكاح قياسًا واستحسانًا.

3553- في المنتقى: ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: في امرأة تحت رجل هو ليس بكفؤ لها، فخاصمه أخوها في ذلك وأبوها غائب عنها غيبة منقطعة، أو خاصمه ولي آخر غيره أولى منه، وهو غائب غيبة منقطعة، فادعى الزوج أن الولي(3) زوّجه، يؤمر بإقامة البيّنة وإلا فرّق بينهما، فإن أقام بيّنة على ذلك أبطلت بيّنته، وأخذ بدعوى الأولى، يعني على الولي الذي هو أولى؛ لأن هذا خصم.

3554- في نكاح المنتقى: بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل زوّج أمة له وهي صغيرة من رجل، ثم ادّعى أنها ابنته ثبت النسب، والنكاح على حاله إن كان الزوج كفؤًا، فإن لم يكن كفؤًا فهو في القياس لازم؛ لأنه هو الذي زوّج، وهو ولي، ولو باعها من

(1) أثبت من ط.

(2) وفي م: وقبض مهرها إجازة.

(3) وفي ف: أن الولي الذي هو أولى.

خلاف، وهذا إشارة إلى أنّ الكفاءة غير مطلوبة من جانب النساء. وذكر هشام في "نوادره": عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذ تزوّج امرأة على أنها قرشيّة، فإذا هي نبطيّة[1] فله الخيار، وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى. لا خيار له.

٣٥٥٧- وفي آخر باب الوكالة في كتاب النكاح من "الجامع الصغير": لو أنّ أميراً أمر رجلاً أن يزوّجه امرأة، فزوّجه أمة لغيره، قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: يجوز، وقالا: لا يجوز، قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: هذه المسألة دليل على أنّ الكفاءة في جانب النساء للرجال معتبرة عندهما، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله تعالى. وفي وكالة "الأصل": أنّ الكفاءة في النساء للرجال استحسان، وليس بقياس.

٣٥٥٨- وفي "المنتقى" الحسن بن زياد: إذا تزوّج امرأة على أنه فلان بن فلان، فإذا هو أخوه، أو عمّه، فلها الخيار.

٣٥٥٩- وفي آخر باب نكاح العبيد من نكاح "الأصل": عبد تزوّج امرأة بإذن مولاه، ولم يخبر وقت العقد أنه حرّ أو عبد، ولم يعلم المرأة أيضاً، ولا أولياءها أنه حرّ أو عبد، ثم ظهر أنه عبد، وإن كانت المرأة هي التي باشرت عقد النكاح، فلا خيار لها، ولكن للأولياء الخيار، وإن كان الأولياء هم الذين باشروا عقد النكاح عليها برضاها، وباقي المسألة بحالها، فلا خيار للمرأة ولا للأولياء، وكذلك لو أخبر الزوج أنه حر، وباقي المسألة بحالها كان لهم الخيار، وهذه المسألة دليل على أن المرأة إذا زوّجت نفسها من رجل، ولم تشترط الكفاءة، ولم يعلم أنه كفؤ أو غير كفؤ، ثم علمت أنه غير كفؤ لا خيار لها، ولكن للأولياء الخيار، وإن كان الأولياء هم الذين باشروا عقد النكاح برضاها، ولم يعلموا أنه كفؤ أو غير كفؤ، فلا خيار لواحد منهم، أما إذا شرطوا الكفاءة [أو أخبرهم بالكفاءة][2]، ثم ظهر أنه غير الكفؤ، كان لهم الخيار، سئل شيخ الإسلام عن مجهول النسب هل هو كفؤ لامرأة معروفة النسب؟ قال: لا - والله أعلم -.

---

(١) وفي م: قبطية.

(٢) أثبت من ظ.

الفصل السابع في الشهادة في النكاح

٣٥٦٠- ولا يجوز عقد النكاح بين مسلمين بشهادة الكفار، والصبيان، والمجانين، والعبيد، والمكاتبين، والمدبرين، والنائمين الذين لا يسمعون كلام المتعاقدين، والأصمين، ذكر فصل النائم والأصم في نظم الزندويستي. ذكر القاضي الإمام: أن النكاح ينعقد بشهادة الأصمين، وذكر الإمام ركن الإسلام علي السغدي رحمه الله تعالى في شرح السير الكبير في أبواب الأيمان هكذا: أن النكاح ينعقد بشهادة الأصمين. والمسألة في الأصل بناء على أن سماع الشهود كلام المتعاقدين هل هو شرط انعقاد النكاح[1]؟ وقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، بعضهم قالوا: ليس بشرط، وإنما الشرط حضرتهما، فهذا القائل يقول: بانعقاد النكاح بشهادة الأصمين، وبعضهم قالوا: هو شرط، فهذا القائل يقول: لا ينعقد النكاح بشهادة الأصمين، ونص القدوري رحمه الله تعالى في كتابه: أنه لا بد من سماع الشهود كلام المتعاقدين، وسيأتي بعد هذا عن أبي يوسف رحمه الله تعالى[2] ما يدل عليه -إن شاء الله تعالى-.

٣٥٦١- وأما فهم الشهود كلام المتعاقدين، هل هو شرط؟ فقد ذكر البقالي في فتاواه: أن الاعتبار بسماع الشهود لفظ النكاح، وإن لم يعرفوا تفسيره، قال: والظاهر خلافه. وفي البقالي أيضًا: عن محمد رحمه الله تعالى [فيمن تزوج امرأة بحضرة شاهدين لم يفهما، ولم يمكنهما أن يعبرا ما سمعا، لم يجز. وفي "النوازل": عن محمد رحمه الله][3] في مثل هذه المسألة إن أمكنهما أن يعبرا ما قالا جاز النكاح. وفي "المنتقى": عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل تزوج امرأة، وسمع أحد الشاهدين كلامهما، ولم يسمع الشاهد الآخر، ثم أعاد على الذي لم يسمع، إن كان المجلس واحدًا جاز استحسانًا، وإن كان متفرقًا لا يجوز. قال الحاكم أبو الفضل: وقد روي من وجه آخر، عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يجوز حتى يسمعا معًا، إذ لا يوجد عند كل واحد من الناكحين إلا شاهد واحد.

٣٥٦٢- وفي "فتاوى أبي الليث" في كتاب الشهادات: تزوج بمحضر من رجلين،

......

(١) وفي ف: انعقاد النكاح بشهادة الأصمين.

(٢) وفي ظ: وسيأتي بعد هذا أن لأبي يوسف... إلخ.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

أحدهما أصم ، فسمع السميع ولم يسمع الأصم ، حتى صاح صاحبه في أذنه هو أو غيره ، لايجوز النكاح حتى يكون السماع معًا . وفي نظم الزندويسي : إذا سمع أحد الشاهدين كلام المرأة ، وسمع الشاهد الآخر كلام الزوج ، ثم أعاد العقد ، فالذي سمع كلام الزوج في العقد الأول سمع في هذا العقد كلام المرأة لا غير ، والذي سمع كلام المرأة في العقد الأول سمع كلام الزوج في العقد الثاني لا غير ، فإن كان العقدان في مجلسين متفرقين لا يجوز بالاتفاق ، وإن كان في مجلس واحد ، قال عامة العلماء رحمهم الله تعالى : لا ينعقد ، وقال بعضهم مثل أبي سهل السرجي[١] : أنه ينعقد ، قال الزندويسي : ولا نأخذ بقول أبي سهل .

٣٥٦٣- في " فتاوي الفضلي رحمه الله تعالى " زوّج ابنته في حضرة السكارى ، وهم يعرفون أمر النكاح ، غير أنهم لا يذكرونه بعد ما صحوا ، كما هو عادة السكارى ، ينعقد النكاح ؛ لأن هذا نكاح بشهود ، تزوّج امرأة بشهادة الله ورسوله لايجوز ؛ لأن هذا نكاح لم يحضره الشهود ، وعن أبي القاسم الصفار رحمه الله تعالى ، أنه قال : يكفر من فعل هذا ؛ لأنه اعتقد أن رسول الله ﷺ عالم الغيب . في " فتاوي أبي الليث رحمه الله تعالى " : رجل قال لقوم : اشهدوا أني تزوّجتُ هذه المرأة التي في هذا البيت ، فقالت المرأة : قبلتُ ، فسمع الشهود مقالتها ، ولم يروا شخصها ، فإن كانت في البيت وحدها جاز النكاح ؛ لأنه لا جهالة ، وإن كان معها في البيت أخرى لا يجوز ؛ لأن الجهالة متمكّنة . وكذلك لو وكّلت رجلاً ، فسمع الشهود قولها ، ولم يروا شخصها ، فهو على ما ذكرنا من الوجهين .

٣٥٦٤- وفي " شهادات الفتاوى " : رجل زوّج ابنته من رجل في بيته ، وقوم في بيت آخر يسمعون التزويج ولم يشهدهم ، إن كان من هذا البيت إلى تلك البيت كوة ، رأوا الأب منها تقبل شهادتهم ، وإن لم يروا الأب لا تقبل شهادتهم . في " فتاوي أهل سمرقند " : بعث الرجل أقوامًا يخطبون امرأة ، فقال الأب : زوّجت بنتي فلانة من فلان ، وقبل واحد من القوم ، تكلّموا فيه ، قال بعضهم : لا يجوز ؛ لأن هذا النكاح بغير شهود ، ولأن الكل خاطبون من تكلّم منهم ومن لم يتكلّم ؛ لأن المتعارف هكذا أن يتكلّم واحد من القوم ، ويسكت الآخرون[٢] ، والخاطب لايصلح شاهدًا ، وبه أخذ بعض مشايخ زماننا رحمهم الله تعالى . وقال بعضهم : يجوز ؛ لأنه لا ضرورة إلى جعل الكل خاطبًا ، فيجعل المتكلّم خاطبًا ، والباقون شهودًا ، وبه أخذ الصدر الشهيد رحمه الله تعالى .

---

(١) وفي " التاتارخانية " : السرخسي بدل السرجي .

(٢) وفي ب و م و ف : الباقون .

٣٥٦٥- وإذا تزوّج الرجل المسلم امرأة مسلمة بحضرة عبدين، أو صبيين، أو كافرين ومعهما شاهدان مسلمان حرّان بالغان جاز؛ لأن هذا نكاح بشهود، فإن أدرك الصبيان، أو عتق العبدان، أو أسلم الكافران، وشهدا أنه تزوّجها، ذكر في "الأصل" مطلقًا: أنه تقبل شهادتهما، وذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى في شرحه: أن المسألة على التفصيل، إن شهدا أنه تزوّجها بحضرتنا، وكان معنا رجلان حرّان مسلمان جازت شهادتهما، وإن شهدا وقالا: لم يكن معنا غيرنا، لاتقبل شهادتهما؛ لأنهما شهدا بنكاح فاسد، والقاضي لا يقضي بنكاح فاسد.

٣٥٦٦- وإن شهد شاهد أنه تزوّجها أمس، وشهد آخر أنه تزوّجها اليوم، فشهادتهما باطلة؛ لأن كل واحد منهما شهد بعقد عقد بحضوره وحده، وذلك عقد فاسد، وكان امتناع القضاء به، الشهادة لكون المشهود به فاسدًا، لا لاختلاف الوقت؛ لأن الشهادة قامت على القول، والشهادة القائمة على القول لا يمنعها اختلاف الوقت كما في البيع، حتى قالوا: لو شهد كل واحد أنه كان معه رجل آخر يقضي بشهادتهما؛ لأن كل واحد شهد بنكاح صحيح، لم يبق إلا الاختلاف في الوقت، وأنه لا يمنع قبول الشهادة، متى قامت على القول، هكذا ذكر شيخ الإسلام هذه المسألة في شرحه.

وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى يقتضي عدم القبول على كل حال، فقال: النكاح بمنزلة الأفعال، وهذا لأن النكاح وإن كان قولا إلا أنه يتضمّن فعلا، وهو حضور الشهود، فصار النكاح ملحقًا بالفعل من هذا الوجه، واختلاف الشهود في المكان والزمان في الأفعال يمنع قبول الشهادة، وفي حق هذا المعنى لا فرق بينهما إذا شهد كل واحد منهما أنه كان معه رجل آخر، أو لم يشهد على هذا الوجه، وهكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى في شرح "كتاب الشهادات".

٣٥٦٧- قال الزندويسي في نظمه: وينعقد النكاح بشهادة الأخرسين إذا كانا سميعين، وإذا وقع التجاحد فلا شهادة لهما؛ لأنه لا لفظ لهما، وكذا ينعقد النكاح بشهادة الأعمى، والمحدود في القذف، والمحدود في الزنا، وكذلك ينعقد بشهادة ابنيه لا منها، وشهادة ابنيها لا منه، وشهادة ابنيه منهما، وإذا تزوّج المسلم الذمية بشهادة الذميين، جاز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى؛ لأن ملك النكاح ثبت للرجل على المرأة مضمونًا بالمهر، وشهادتهما حجة من حيث إثبات الملك له عليها، وإنما لا يعتبر من حيث إيجاب المهر لها عليه، إلا أن المهر زائد في الباب، فوقوع الخلل في الشهادة فيما يرجع إلى المهر لا يمنع انعقاد النكاح؛

لأن الخلل دون انعدام التسمية.

٣٥٦٨- المرأة إذا زوّجت ابنتها البالغة بحضرتها برضاها، بحضرة رجل وامرأة جاز النكاح، وإن كانت الابنة غائبة لا يجوز؛ لأن الابنة إذا كانت حاضرة كانت هي المزوِّجة، والأم معبِّرة عنها، وهي مع المرأة الأخرى والرجل شهود، فيكون هذا نكاحًا بحضرة رجل وامرأتين. فأما إذا كانت الابنة غائبة لا يمكن أن تجعل الابنة هي المزوِّجة، فبقيت الأم مزوِّجة وزادها رجل وامرأة، ولو كانت الابنة صغيرة، وباقي المسألة بحالها لا يجوز النكاح، سواء كانت الابنة حاضرة أو غائبة، لأنه لا يمكن أن تجعل الابنة مزوِّجة؛ لأن الصغيرة ليست من أهل التزويج.

٣٥٦٩- ومن هذا الجنس ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله تعالى في "شرح كتاب الرهن": وصورتها: رجل وكّل رجلًا أن يزوّج له امرأة فزوّج الوكيل امرأة بحضرة شاهد واحد، إن كان الموكِّل حاضرًا يجوز، وطريقه أن الموكِّل يعتبر مزوِّجًا، ويعتبر الوكيل مع الشاهد الآخر شاهدًا، وإن كان الموكِّل الآخر غائبًا لا يجوز. وأصل هذه المسألة ذكرها في الباب الأول من [نكاح][1] "الجامع الصغير"، وصورتها رجل أمر رجلًا أن يزوّج بنتا له وهي صغيرة، فزوّجها والأب حاضر وشاهد آخر، جازت شهادة المزوِّج، وإن كان الأب غائبًا لم تجز شهادة المزوِّج، وطريقه ما قلنا.

ومن هذا الجنس مسألة ذكر في "مجموع النوازل": سئل عنها الإمام نجم الدين عمر النسفي رحمه الله تعالى، وصورتها: امرأة وكّلت رجلًا أن يزوّجها من رجل بحضرة امرأتين والموكِّلة حاضرة، قال: يجوز النكاح، وتصير الموكِّلة هي المزوِّجة.

٣٥٧٠- قيل: فإن أنكر الزوج أو المرأة الموكِّلة هذا العقد، هل تقبل شهادة الوكيل والمرأتين على النكاح؟ قال: نعم، إذا لم يقل الوكيل: أنا زوّجتُها منه بالوكالة؛ لأنه إذا قال: ذلك يكون شهادة على فعل نفسه [وشهادة الإنسان على فعل نفسه][2] لا يقبل. قيل له: فهل يكفيه أن يقول: هذه امرأة هذا؟ [قال: لا بدّ من إثبات العقد، قال: ولو قال قائل: إن الوكيل يشهد ويقول: هذه امرأة هذا][3] بعقد صحيح تام بتزوّج من له ولاية التزويج، وقبول من له ولاية القبول لا ينعقد، ولكن لا أحفظ في هذا رواية، والصواب أن يشهد أن هذه امرأة هذا،

(١) أثبت من ب.

(٢) أثبت من ب.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

ويقبل القاضي ذلك، ولا حاجة إلى إثبات العقد، وإذا زوّج الرجل ابنته البالغة، وأنكرت الرضاء فشهد عليها أبوها لا يقبل؛ لأنه يريد أن يتمم ما باشره، ولو شهد عليها بالرضا أخواها قبلت شهادتهما. وإذا زوّج الرجل ابنته بشهادة ابنيه، ثم جحد الزوج النكاح، وادّعاه الأب والمرأة، وشهد الابنان بذلك، لم تقبل شهادتهما عند أبي يوسف رحمه الله تعالى، وعند محمد رحمه الله تعالى تقبل شهادتهما، ولو كان الزوج هو المدّعي، والأب والمرأة يجحدان ذلك، فشهادة الابنين مقبولة بلا خلاف.

والحاصل أن شهادة الإنسان لأخته وأخيه وعليهما مقبولة، وشهادته على أبيه فيما يجحده الأب، وإن كان للأب فيه منفعة، بأن شهدا على أبيهما ببيع ما يساوي مائة بألف، وشهادته فيما يدّعيه الأب إن كان للأب فيه منفعة لا يقبل بلا خلاف، وإن لم يكن للأب فيه منفعة: فكذلك عند أبي يوسف رحمه الله تعالى، وعند محمد يقبل.

حجّة محمد رحمه الله تعالى: أن شهادة الابن لأبيه إذا كان للأب فيه منفعة[1] إنما لا يقبل لمكان التهمة[2]، فإن الإنسان يتهم بإيثار الأب على غيره وعند المنافع، وهذا المعنى لا يتأتّى فيما لا منفعة للأب فيه، وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول: شهادة الابن لأبيه إنما لا يقبل بالنص، ولا تفصيل في النص على أن المنفعة هنا متحققة، وإن لم يكن مالية، وهو ظهور صدقه عند الناس. وإذا وقع الاختلاف بين الزوج وبين المرأة في أن النكاح كان بشهود، أو بغير شهود، فالقول قول من يدّعي أنه كان بشهود؛ لأن الذي يدّعي النكاح بشهود يدّعي صحة العقد، والذي يدّعي أن النكاح بغير شهود يدّعي فساد العقد.

٣٥٧١ - والأصل أن الزوجين إذا اختلفا في صحة العقد وفساده، كان القول قول من يدّعي الصحة، وإن ادّعى أحدهما أن النكاح كان في حالة الصغر بمباشرته، كان القول قوله؛ لأنه أضاف العقد إلى حال عدم الأهلية، وهو حالة الصغر، فيكون منكرًا للعقد معنى، فيكون القول قوله، وسيأتي مسألة الاختلاف في الشهادة بعد هذا إن شاء الله تعالى، في فصل الخصومة الواقعة بين الزوجين.

٣٥٧٢ - وإذا كان القول قول من يدّعي النكاح في حالة الصغر بعد هذا القول لا نكاح بينهما، ولا مهر لها إن لم يكن دخل بها قبل الإدراك، وإن كان دخل بها قبل الإدراك، فلها الأقل من المسمّى، ومن مهر المثل، ولا يثبت الرضا بهذا الدخول. أما لها الأقل، فلأن

(١) وفي م: منفعة للأب.

(٢) هكذا في [illegible]، وكان في الأصل و[illegible]: إنما لا يقبل بأصل لمكان التهمة.

الدخول له حصل في نكاح موقوف ؛ لأن العقد من الصغير يتوقف على إجازة الولي إذا كان الولي يملك مباشرة ذلك ، والدخول في النكاح الموقوف يوجب الأقل بمنزلة الدخول في النكاح الفاسد ، أما لا يثبت الرضا ؛ لأن الدخول والتمكين دليل الرضا ، وصريح الرضا بالنكاح في حالة الصغر لا يعتبر ، فكذا دليل الرضا .

٣٥٧٣ - وإن كان قد دخل بها بعد الإدراك ، كان هذا الرضا إجازة للنكاح الذي كان بينهما في حالة الصغر ؛ لأن صريح الرضا بذلك النكاح بعد الإدراك تعتبر ، فكذا دليل الرضا . وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي رحمه الله تعالى يقول : إذا ادّعى أحدهما أن النكاح كان في حالة الصغر بمباشرته ، فعلى رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى يقول له القاضي : هل كان النكاح بإذن الولي؟ فإن قال : لا ، يقول له : هل [تجوز إجازة الولي؟ فإن قال : لا ، يقول له : هل أجازته بعد البلوغ؟ وإن قال : لا ، يقول له : هل]⁽¹⁾ من رأيك أن تجيزه؟ إن قال : لا ، فرّق القاضي بينهما ، وهذا إذا قال ذلك ولم يوجد بينهما دخول بعد الإدراك ، وأما إذا وجد فهو دليل الرضا .

٣٥٧٤ - وإذا وقع الاختلاف بين الزوج ووكيله بالنكاح ، فقال الوكيل : أشهدت على النكاح؟ وقال الزوج : الموكّل لم يشهد ، فالقول قول الوكيل ، ويفرق بينهما ، وعليه نصف الصداق إن لم يكن دخل بها ، وإن وقع هذا الاختلاف بين المرأة ووكيلها ، فالقول قول الوكيل ، وهي امرأته ، لا يفرق بينهما ؛ وهذا لأن الوكيل مع الموكّل اتفقا على أصل العقد ، فيكون اتفاقًا منهما على شرطه ، فالذي ينكر الإشهاد يكون في معنى الراجع فلا يقبل قوله - والله سبحانه وتعالى أعلم - .

---

(١) ما بين معقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف .

الفصل الثامن في الوكالة في النكاح

٣٥٧٥- إذا وكّل رجلاً بأن يزوّجه امرأة بعينها [فزوّجه إياها][1] بأكثر من مهر مثلها، إن كانت الزيادة بحيث يتغابن الناس في مثلها، يجوز بلا خلاف، وإن كانت الزيادة بحيث لا يتغابن الناس في مثلها، فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما: لا يجوز، وهذا بناء على أن المطلق من الألفاظ يجري على إطلاقه ما لم يوجد دليل التقييد [عندهما يقولان: وجد دليل التقييد][2] فيه وهو العرف، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: بأن العرف مشترك، وفرق أبو حنيفة رحمه الله تعالى بين الوكيل بالنكاح وبين الوكيل بالشراء، فإن الوكيل بالشراء إذا اشترى بما لا يتغابن الناس في مثله، يصير مشترياً لنفسه، والفرق أن في مسألة الشراء أصل العقد مضاف إلى الوكيل؛ لأن الوكيل بالشراء يستغني عن إضافة العقد إلى موكّله، فيتمكن التهمة في تصرفه أنه قصد الشراء لنفسه، فلما ظهر الغبن حوّله إلى الآمر، فأما في مسألة النكاح أصل العقد مضاف إلى الموكّل؛ لأن الوكيل بالنكاح لا يستغني عن إضافة العقد إلى الموكّل، فلا يتمكن التهمة في تصرفه، فلهذا افترقا.

٣٥٧٦- وإذا وكّل رجلاً أن يزوّج له امرأة بعينها بعينها فتزوّجها الوكيل لنفسه فذلك جائز، جاز النكاح للوكيل، بخلاف الوكيل بشراء شيء بعينه، إذا اشترى ذلك الشيء لنفسه بمثل ذلك الثمن حال غيبة الموكّل، حيث يصير مشترياً للموكّل. وإذا وكّله أن يزوّجه امرأة ولم يسمّها، فزوّجه امرأة هي ليست بكفء له، القياس أن يجوز على الموكّل، وبه أخذ أبو حنيفة رحمه الله تعالى عملاً بإطلاق التوكيل، وفي الاستحسان لا يجوز على الموكّل وبه أخذا[3]، هما يقيّدان اللفظ المطلق بالعرف، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: العرف مشترك، وقد يتزوّج الرجل من ليس بكفء، وعلى هذا الخلاف إذا زوّجه امرأة عمياء، أو مقطوعة اليدين، أو رتقاء، أو مفلوجة، أو مجنونة، أو معتوهة، ذكر الاختلاف في هذه الفصول في رواية أبي سليمان.

٣٥٧٧- وفي «المنتقى»: إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: إذا قال لغيره: زوّجني،

(١) أثبت من م و ب، وكان في الأصل: فزوجها إياه.

(٢) أثبت من ظ و ب و م.

(٣) وفي م: إذ العادة وهو المتعارف.

فزوّجه عمياء، أو مقطوعة اليدين، أو الرجلين لا يجوز، ولو زوّجه عوراء، أو مقطوعة إحدى اليدين جاز. وفيه أيضًا: أمر رجلا أن يزوّجه [فزوّجه](1) ابنته الصغيرة، أو بنت أخته الصغيرة، وهو وليهما لا يجوز، وكذلك كل من يلي أمرها [بغير أمرها](2)، قال: وذلك بمنزلة رجل أمر امرأة أن تزوّجه امرأة فزوّجته نفسها، ولو زوّجته ابنته الكبيرة برضاها، ذكر في الأصل: أن على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: لا يجوز إلا أن يرضى بها الزوج، وعلى قولهما: يجوز، بناء على أن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى مطلق التوكيل لا يملك التصرف مع ولده للتهمة(3)، والتهمة دليل تقييد المطلق، وعندهما: يملك، ولو زوّجته أخته الكبيرة برضاها جاز بلا خلاف، لأنه لا تهمة في حق الأخت.

٣٥٧٨- وذكر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في الإملاء: رجل أمر رجلا أن يزوّج له امرأة، فزوّجه ابنته الصغيرة أو الكبيرة بأمرها، لم يجز استحسانًا [إذا](4) وكّله أن يزوّجه امرأة من قبيلة، فزوّجه من قبيلة أخرى لم يجز، وهذا ظاهر. وكّله أن يزوّجه امرأة سوداء، فزوّجه امرأة بيضاء، أو على العكس لا يجوز. و[لو](5) وكّله أن يزوّجه امرأة عمياء، فزوّجه امرأة بصيرة يجوز، كذا ذكر في «المنتقى»، قال ثمة: وليس هذا كالأول؛ لأن الأول جنس، وكّله أن يزوّجه أمة، فزوّجه حرة لا يجوز؛ لأنه خالف أمره نصًا، وله في ذلك منفعة، هو أن لا يساوي هذه الحرة التي عنده في القسم، وإن زوّجه مكاتبة، أو مدبرة، أو أم ولد جاز.

٣٥٧٩- وكّله أن يزوّجه امرأة، فزوّجه صبية يجامع مثلها أو لا يجامع جاز؛ [لأن اسم المرأة اسم جنس يتناول الكبيرة والصغيرة جميعًا](6)، وقيل: هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وأما على قولهما: لا يجوز إذا زوّجه صبية لا يجامع مثلها، كما لو زوّجه رتقاء أو قرناء وقيل: هذا قول الكل بخلاف ما إذا زوّجه رتقاء أو قرناء، ولو وكّله أن يزوّجه امرأة، فزوّجه

(1) أثبت من ب.

(2) أثبت من ب و م.

(3) وفي ط: مع ذلك للتهمة مكان مع ولده للتهمة، وفي م: بما يملك التصرف مع ذلك ونوع الشبهة، والتهمة دليل ... إلخ.

(4) أثبت من م.

(5) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: ومن.

(6) أثبت من ط و م و ب.

ابتداء؛ لأن النكاح ببدل على الأجنبي لا يصح، وكان لزوم البدل على [المكفيل](١) بطريق الكفالة، والكفيل إنما يرجع على المكفول عنه بما أدى إذا كانت الكفالة بأمره، فلهذا افترقا.

٣٥٨٤- وفي «الجامع الكبير»: لو أن رجلاً وكّل رجلاً بأن يزوّجه امرأة، فزوّجه امرأة على عبد الوكيل، أو عرض له، صح التزويج(٢) ونفذ، ولزم على الوكيل تسليمه، وإذا سلّم لا يرجع على الزوج بشيء، ولو كان مكان النكاح خلعًا يرجع على المرأة بقيمة ما أدى، والفرق ما ذكرنا، ثم في باب النكاح إذا لم يرجع على الزوج شيء، لا يظهر أن النكاح انعقد ببدل على غير الزوج [بل البدل على الزوج](٣)، لكن الوكيل تبرع عنه بالأداء، فإن لم تقبض المرأة العبد الذي هو مهرها حتى هلك، لا ضمان على الوكيل، وترجع المرأة بقيمته على الزوج، فرق بين هذا وبين الوكيل بالخلع، إذا خالع على عبد الوكيل، وهلك العبد في يده قبل التسليم، فإن الوكيل يضمن قيمته، والفرق أن في باب النكاح تسليم المهر على الزوج بحكم العقد لا على الوكيل(٤)، إلا أن الوكيل تبرّع عنه بالأداء، وإذا عجز عن تسليمه بالهلاك بطل تبرّعه، فكان تسليم قيمته على الزوج، أما في باب الخلع تسليم العوض على الوكيل بحكم الخلع ابتداء، وإنما الرجوع على المرأة بحكم الأمر، فإذا هلك فقد عجز عن تسليمه، والسبب الموجب للتسليم في حقه قائم، فيصار إلى قيمته.

٣٥٨٥- ولو زوّجه الوكيل امرأة بألف درهم من ماله، بأن قال: زوّجتك هذه المرأة بألف من مالي، أو قال: زوّجتك هذه المرأة على ألفي هذه(٥)، جاز النكاح والمال على الزوج، ولا يطالب الوكيل بالألف المشار إليه.

فإن قيل: كان ينبغي له أن يطالب؛ لأن الوكيل متبرع، والدراهم والدنانير يتعيّنان(٦) بالتبرّعات. قلنا: هذا تبرّع في ضمن المعاوضات، والدراهم والدنانير إذا كانا في المعاوضات لا يتعيّنان، فكذا لا يتعيّنان فيما يثبت في ضمان المعاوضات، فلا يطالب الوكيل بالألف المشار إليه لهذا، ولا يطالب بألف آخر لانعدام الضمان؛ لأنه يحتمل أن يكون [ما قال: ضمانًا،

(١) هكذا في «ب» و«ظ»، وكان في الأصل و«م»: على الوكيل.

(٢) وفي «ب»: صح التوكيل.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من «ظ» و«م» و«ف».

(٤) وفي «ب» و«ف»: لا على الوكيل.

(٥) وفي «م»: بألفي درهم هذه.

(٦) وفي «ب»: لا يتعيّنان، وهو الخطأ.

ويحتمل أن يكون[١] وعداً بأن يؤدي من مال نفسه، فلا يثبت الضمان بالاحتمال.

٣٥٨٦- وإذا وكّله أن يزوّجه امرأة، فزوّجه امرأة معتدة، أو امرأة لها زوج، و[دخل][٢] بها الزوج ولم يعلم، فرّق القاضي بينهما، وعليه الأقلّ من المهر المسمى ومهر المثل، كما في سائر الأنكحة الفاسدة، ولا ضمان على الوكيل في ذلك؛ لأن ما لزم الزوج [لزم][٣] بفعله وهو الدخول، لا بعقد الوكيل، ولو وكّله أن يزوّجه امرأة، فزوّجه امرأتين في عقدين، لم يلزم الزوج واحدة منهما، ولو وكّله أن يزوّجه امرأة بعينها، فزوّجه تلك وأخرى معها، لزمه تلك. وروى بشر ابن الوليد عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا وكّله أن يزوّجه امرأة بعينها بألف درهم، فزوّجها إياه وأخرى معها بألفي درهم، فإن كان الذي يصيبها إذا قسّم ذلك ألفاً، أو أقل جاز على الآمر، ولو زوّجها إياه وحدها بغير مهر مسمى، فإن كان مهر مثلها ألفاً أو أقل، جاز في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وإن كان أكثر لم يجز. قال: وقياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى في هذا: أن لا يلزمه النكاح من قبل أن العقد عقد على غير التسمية التي أمره بها في عقد، ويقع في اثنتين على التسمية، وهذا خلاف ما أمر به، وهذا إشارة إلى الجواز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى في الثنتين، كما هو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى.

٣٥٨٧- ولو وكّله أن يزوّجه امرأتين في عقدة واحدة، فزوّجه واحدة جاز، وكذا إذا وكّله أن يزوّجه هاتين المرأتين في عقدة واحدة، فزوّجه إحداهما، وتفريق العقد ليس بخلاف. ولو كان قال: لا تزوّجني إلا اثنتين في عقدة واحدة، فزوّجه امرأة لم يلزمه، وكذلك في المعيّنتين إذا لحق بآخر كلامه، ولا تزوّجني واحدة منهما بدون الأخرى، فزوّجه إحداهما لا يجوز. وإذا أمر رجلاً أن يزوّجه امرأة بعينها بمهر مسمى، وذلك ألف درهم مثلاً، فزوّجها إياه وزاد عليه في المهر، فالزوج بالخيار إن شاء أجاز النكاح بالمهر الذي سمّاه الوكيل، وإن شاء ردّ؛ لأنه أتى بخلاف ما أمره به، وكان هذا ابتداء عقد، فيتوقّف على إجازة الزوج، فإن لم يعلم الزوج بذلك حتى دخل بها فهو بالخيار أيضاً، ولا يكون دخوله رضى لما خالف به الوكيل؛ لأن الرضى بالشيء لا يتحقق قبل العلم به، فكان على خياره، إن شاء أقام معها، وأجاز نكاحها على ما سمى لها الوكيل، وإن شاء فارقها، ومتى فارقها كان لها الأقل مما سمّى لها الموكّل ومن مهر المثل؛ لأن الدخول حصل في نكاح موقوف. وإن كان المأمور ضمن لها

---

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ب. ت

(٢) هكذا في النسخ الباقية عندنا، وكان في الأصل: ورضي.

(٣) وكذا في ظ، وفي م: لأنه إنما لزم الزوج لزمه بفعله.

المهر المسمّى، وأخبرها بأنه أمره بذلك، ثم أنكر الزوج الأمر بالزيادة على الألف، فنقول: إنكار الأمر بالزيادة إنكار للأمر بهذا النكاح، ولو أنكر الأمر بالنكاح أصلاً، كان النكاح باطلاً، ولا مهر على الزوج، ولها أن تطالب المأمور بالمهر؛ لأن في زعمها أن النكاح صحيح، وأن الضمان [صحيح](١).

٣٥٨٨- بعد هذا نقول: في رواية "كتاب النكاح"، وبعض روايات "كتاب الوكالة": أن المرأة تطالب المأمور بنصف المهر، وفي بعض روايات "كتاب الوكالة" يقول: تطالبه بجميع المهر، واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، والصحيح أنه إنما اختلف الجواب(٢) لاختلاف الموضوع، موضوع ما ذكر في "كتاب النكاح" أن القاضي فرّق بينهما لطلبها ذلك، حتى لا تبقى معلّقة، فسقط نصف المهر عن الأصيل بزعمها، لكون الفرقة جائية من قبل الزوج قبل الدخول، فيسقط عن الضمين، وموضوع ما ذكر في بعض روايات "كتاب الوكالة" أنها لم تطلب التفريق، لكن قالت: اصبر حتى يقرّ زوجي بالنكاح، أو أجد بيّنة على الأمر بالنكاح، فبقي عليه جميع المهر بزعمها على الأصل، فكذا على الكفيل، إذا وكّلت المرأة رجلاً بأن يزوّجها، فزوّجها الوكيل من نفسه لم يجز، وكذلك لو وكّلت أن يزوّجها من رجل.

أما في الفصل الأول، فلأنها وكّلته بالتزويج مطلقاً، وتزويجها من نفسه، وإن كان تزويجاً باعتبار جانبها، وهو تزوّج باعتبار جانبه، فكان تزويجاً من وجه دون وجه وكان ناقصاً، والناقص لا يدخل تحت مطلق الاسم(٣). وأما في الفصل الثاني فلهذا المعنى، ولمعنى آخر أيضاً، وهو أنها أمرته بالتزويج من رجل منكّر، والوكيل صار معرّفاً بالخطاب، والمعرّف لا يدخل تحت اسم النكرة.

٣٥٨٩- ولو وكّلته أن يزوّجها من نفسه، فزوّجها من نفسه يجوز، وإنه يخرج عن العهدتين جميعاً. ولو زوّجها أباه أو ابنه لم يجز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وجاز عندهما إلا أن يكون الابن صغيراً فلا يجوز بلا خلاف. ولو زوّجها أعمى، أو مقعداً، أو زمناً، أو عنيناً، أو خصيّاً جاز، قيل: هو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى. ولو وكّلت رجلاً أن يزوّجها [فزوّجها](٤) من كفؤ بمهر مثلها، فالكلام فيه كالكلام فيما إذا زوّجت نفسها، وأنه

(١) أثبت من: ب، و"ف"، و"م".

(٢) وفي "م": أنه إنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع. إلخ، وفي "ف": لاختلاف الموضع.

(٣) هكذا في "ب"، و"ف"، و"م"، وكان في الأصل: مطلق الأمر.

(٤) أثبت من "ف"، و"ب"، و"م".

على الاختلاف على ما يأتي بيانه في موضعه بعد هذا -إن شاء الله تعالى- هكذا هنا. وإن زوّجه من غير كفؤ لم يجز عليها، هكذا ذكر في وكالة الأصل. ومن مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: هذا الجواب قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى أولاً، وقياس رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن المرأة لا تملك أن تزوّج نفسها من غير كفؤ [أما على ظاهر رواية أبي حنيفة أن المرأة تملك أن تزوّج نفسها من غير كفؤ][1]، ينبغي أن يجوز، ومنهم من قال: هذا قول الكل، فهذا القائل يحتاج إلى الفرق على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى في ظاهر الرواية بين التوكيل من جانب [الرجل وبين التوكيل من جانب][2] المرأة، حيث لم يتقيد التوكيل من جانب الرجل بالكفاءة، وتقيد التوكيل من جانب المرأة بالكفاءة.

٣٥٩٠- ولو وكّلته بالتزويج، ثم إن المرأة تزوّجت بنفسها خرج الوكيل عن الوكالة، علم بذلك الوكيل أو لم يعلم، ولو أخرجته عن الوكالة، ولم يعلم الوكيل بذلك، لا يخرج عن الوكالة، وإن زوّجها جاز النكاح [وتقيد التوكيل من جانب المرأة بالكفاءة][3]. ولو كان وكيلاً من جانب الرجل بتزويج امرأة بعينها، ثم إن الزوج تزوّج أمّها أو ابنتها، خرج الوكيل عن الوكالة. وإذا وكّلت المرأة رجلاً أن يزوّجها، وقالت له: ما صنعت من شيء فهو جائز، حتى جاز للوكيل أن يوكّل غيره بتزويجها، فحضر الوكيل الموت، فأوصى بالوكالة إلى رجل بالتزويج، فزوّجها الوكيل الثاني بعد موت الأول يجوز، وكان ينبغي أن لا يجوز؛ لأن الأول أضاف الوكالة إلى ما بعد موته وبعد الموت لا يبقى وكيلاً، فكيف يصحّ توكيله بعد الموت؟

والجواب: أن الأول رسول عن المرأة في التوكيل، وعبارة الرسول منقولة إلى المرسِل، فحين قال لغيره: أوصيت إليك بالتزويج، وهو وكيل حين ما قال هذه الوكالة، صار كلامه منقولاً إلى المرأة، فكأن المرأة قالت: وكّلتك بتزويجي بعد موت الأول، ولو صرّحت المرأة بهذا متى مات الوكيل الأول، فزوّجها الوكيل الثاني كان جائزاً، فكذا ههنا. وصار الحاصل أن الوكيل الثاني وكيل المرأة، وكذا هذا في سائر الوكالات.

٣٥٩١- قال محمد رحمه الله تعالى في الجامع: إذا وكّل الرجل رجلاً أن يزوّج له امرأة، فزوّجه امرأة بغير إذنها، زوّجها أبوها، فلم يبلغها الخبر حتى نقض الوكيل النكاح بغير محضر منها، أو بغير محضر من أبيها، ولا من زوّجها، جاز نقضه؛ لأنه على وكالته بعد، بيانه

(١) أثبت من ط.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط و...

(٣) أثبت ... من ط.

هو أن الوكالة متى صحت فهي على حالها ما لم يوجد العزل، أو انتهت بتحصيل ما وكّل به، ولم يوجد العزل ههنا، والوكيل لم يحصل ما وكّل به على التمام؛ لأنه وكّل بالعقد التام، وقد أتى بأصل العقد، فإذا بقي على وكالته فنقول: تصرُّف الوكيل حال بقاء الوكالة كتصرُّف الموكِّل بنفسه، والموكِّل يقدر على إبطال هذا العقد، فكذا الوكيل.

٣٥٩٢- وبهذا الطريق قلنا: إنّ الوكيل بالبيع مطلقاً يملك البيع بشرط الخيار، لإطلاق اللفظ، ويملك فسخه في [مدة] الخيار(١) لبقاء الوكالة، ويكون تصرّف الوكيل [بمنزلة تصرّف الموكِّل](٢) حال بقاء الوكالة.

فإن قيل: تصرُّف الوكيل حال بقاء الوكالة كتصرُّف الموكِّل، فيما دخل تحت الوكالة؛ [لأنه تصرُّف](٣) لم يدخل تحت الوكالة، والداخل تحت الوكالة العقد لا نقضه. قلنا: نعم، الداخل تحت الوكالة العقد، ولكن الحكمة النظر في حق الموكِّل، وربما يكون النظر في عقد آخر [ولا يمكنه تحصيل عقد آخر](٤) إلا بنقض هذا العقد، وكان نقض هذا العقد من ضرورات تحصيل المأمور به، فيكون هو قائماً مقامه في هذا النقض.

٣٥٩٣- وإذا لم يشترط حضرة المرأة، ولا حضرة أسمائها؛ لأن حكم العقد لم يظهر في حقها أصلاً، ولو أنّ الوكيل لم ينقض هذا النكاح، ولكن زوّج الموكِّل أخت هذه المرأة بإذنها، كان ذلك نقضاً للنكاح الأول؛ لأنه وكيل في العقد الثاني، لأن العزل لم يوجد، ولم تنتهِ(٥) الوكالة على ما مرّ، وبين النكاحين تنافٍ، ويكون الإقدام على الثاني فسخاً للأول. وكذلك لو زوّجه الثانية بغير إذنها كان نقضاً للنكاح الأول؛ لأن نكاح الثانية أيضاً موقوف، لأنه على وكالته بعد، والجمع بين الأختين ملكاً كما هو حرام، فالجمع بين الأختين عقداً أيضاً حرام، فتضمّن إقدامه على النكاح الثاني فسخاً للأول.

٣٥٩٤- ولو كان مكان الوكيل فضولي، بأن زوّج رجل رجلاً امرأة بغير أمره، ثم فسخ المزوِّج العقد قبل أن يجيزه الزوج، كان فسخه باطلاً. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنّ فسخه صحيح، وأبو يوسف رحمه الله تعالى قاس النكاح على البيع، فإنّ الفضولي إذا باع،

(١) هكذا في ب، م، و، ظ، وكذا في الأصل. وفي ف: في هذا الخيار.

(٢) أثبت من ب، و، ظ، م.

(٣) هكذا في ظ، وكذا في النسخ من عندنا: لا تصرف.

(٤) أثبت من ظ.

(٥) وفي م: لم تنته.

الموكِّل تزوّج بنفسه.

٣٥٩٩ - ذكر في "العيون": رجل وكّل رجلاً أن يزوّجه امرأة نكاحًا فاسدًا، فزوّجه امرأة نكاحًا جائزًا لم يجز، وفرّق بين الوكيل بالنكاح الفاسد وبين الوكيل بالبيع الفاسد، فإنّ الوكيل بالبيع الفاسد إذا باع بيعًا صحيحًا يجوز، والفرق أنّ الوكيل بالبيع الفاسد وكيل بالبيع؛ لأن البيع الفاسد بيع، لأنه يفيد الملك، وإذا صار وكيلاً بالبيع، فإذا باع بيعًا جائزًا، فقد خالف إلى خير، أمّا الوكيل بالنكاح الفاسد ليس بوكيل بالنكاح [فإنّ النكاح الفاسد ليس بنكاح][1]؛ لأنه لا يفيد الملك، ولهذا لا يجوز طلاقها ولا ظهارها، وإذا لم يصر وكيلاً لم ينفذ تصرّفه على الموكِّل.

٣٦٠٠ - في "فتاوى الفضلي": أكره الرجل ابنه على أن يوكّله بتزويج بنت لهذا الابن، فقال الابن للأب: من از تو واز فرزند بيزارم هرچه خواهى كن، فذهب الأب وزوّج بنت الابن لا يجوز النكاح؛ لأنه لا يراد بمثل هذا الكلام التحقيق، في آخر "فتاوى أبي الليث": رجل وكّل رجلاً أن يزوّجه امرأة بألف درهم، فزوّجه بالزيادة، إن كانت الزيادة مجهولة ينظر إلى مهر مثلها، إن كان ألفًا أو أقل جاز النكاح، ويجب لها ذلك، وإن كان أكثر لا يجوز ما لم يجز الزوج؛ لأنّ الزيادة إذا كانت مجهولة كان الواجب مهر المثل، وإذا كان مهر المثل أكثر من الألف، صار كأنه زوّجه بالزيادة على ما سمى [لها الموكِّل][2] فيتوقف على إجازته، فإن زاد شيئًا معلومًا لا يجوز ما لم يُجز الزوج.

٣٦٠١ - في "الأصل": إذا وكّلت المرأة رجلاً أن يزوّجها، فزوّجها على أمر صحيح أو فاسد، أو وهبها لرجل بشهود، أو تصدّق بها على رجل، وقبل ذلك الرجل، جاز النكاح، أمّا إذا زوّجها على مهر صحيح فظاهر، وكذلك إذا زوّجها على مهر فاسد؛ لأنّ ظاهر فساد التسمية لا أثر لها في إفساد عقد النكاح، وكذلك إذا وهبها أو تصدّق لأنه أتى بمعنى التزويج، إلا أنه ترك التسمية، لكنّ ترك التسمية في هذا الباب ليس بضارّ، كما لو باشرت بنفسها وتركت التسمية.

٣٦٠٢ - وإذا وكّلته أن يزوّجها من رجل، ويكتب لها كتاب المهر، فزوّجها ولكن لم يكتب لها كتاب المهر فهو جائز؛ لأنه مأمور بشيئين: بالنكاح، وبكتابة كتاب المهر، وقد أتى

(١) أثبت من ب و ز و م.

(٢) هكذا في ب و ز و م، وكان في الأصل و ظ: على ما سمى له للوكيل.

فخالف بترك الأجر، والإتيان ببعض المأمور به لا يوجب خلافاً في الآتي به(١).

٣٦٠٣- وكّل رجلاً بأن يزوّجه من فلان يوم الجمعة، فزوّجه يوم الخميس لا يجوز، وكذلك لو وكّله أن يزوّجها منه اليوم بعد الظهر، فزوّجها قبل الظهر؛ لأن الأمر متى يتناول زماناً مخصوصاً، فلا يثبت قبله. إذا وكّله بأن يزوّجها من فلان بألف درهم، فزوّجها الوكيل، فأنكرت هي ذلك، ثم زعم الزوج أن الوكيل زوّجها(٢) منه بدينار، وصدّقه الوكيل في ذلك، فإن قال الزوج مقرّاً أن الذي لم أوكّله بدينار، فالمرأة بالخيار إن شاءت أجازت النكاح بدينار وليس لها غير ذلك، وإن شاءت ردّت، ولها عليه مهر مثلها بالغاً ما بلغ، ولا نفقة لها في العدة؛ لأنها لما ردّت النكاح تبيّن أن الدخول حصل في نكاح موقوف، فيوجب مهر المثل، ولا يوجب النفقة في العدة، وإن كان الزوج منكراً لذلك، ووقع الاختلاف بينهما، فكذلك الجواب أيضاً؛ لأن القول قولها مع يمينها.

٣٦٠٤- في فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: ومن هذا الجنس: وكّل الرجل رجلاً أن يزوّجه امرأة بمائة، فزوّجه امرأة بمائة وخمسين على صداق، فعلم الزوج بذلك في العقد، وتوقف العقد على إجازة الزوج، فإن أجاز وجب مائة وخمسون، وإن ردّ وقد كان دخل بها وهو لا يعلم، فعليه الأقل من المسمى ومن مهر المثل كما في النكاح الفاسد.

٣٦٠٥- وفي فتاوى أهل سمرقند: رجل قال لغيره: زوّج ابنتي هذه رجلاً ذا علم وعقل ودين بمشورة فلان وفلان، فزوّجها من رجل بهذه الصفة من غير مشورة فلان وفلان جاز؛ لأن الأمر بالمشورة لتحقق هذه الصفة، وقد وجدت في هذا الموضع.

٣٦٠٦- امرأة وكّلت رجلاً أن يتصرّف في أمورها، فزوّجها من نفسه، فقالت المرأة: أردتُ البيع والشراء، لا يجوز النكاح؛ لأنه لو وكّله بالنكاح أو التزويج، فزوّجها من نفسه لا يجوز، فههنا أولى.

٣٦٠٧- في فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: رجل وكّل رجلاً أن يخطب له بنت فلان، فمضى الوكيل إلى أب المرأة، وقال: هب ابنتك مني، فقال الأب: وهبتُ، ثم ادّعى الوكيل أني أردت النكاح لموكّلي، إن كان الكلام من الخاطب وهو الوكيل على وجه الخطبة، ومن الأب على وجه الإجابة لا على وجه العقد، لا ينعقد النكاح بينهما أصلاً، وإن كان على وجه العقد ينعقد النكاح للوكيل لا لموكّلي، وكذلك إذا قبل الوكيل بعد ذلك.

(١) هكذا في "ب" و"ف" ... وفي "ظ": "الآتي"، وكذا في الأصل.

(٢) أثبت من "ب" و"ف" و"ظ".

قبلت لفلان؛ لأن الوكيل لما قال: هب ابنتك من فلان[1]، فقال الأب: وهبت، تم العقد بينهما من غير أن يحتاج فيه إلى قبول الوكيل، فكان قبول الوكيل بعد ذلك فضلاً. فأما إذا قال الوكيل: هب ابنتك من فلان، فقال الأب: وهبت، لا ينعقد النكاح ما لم يقل الوكيل: قبلت، فإن قال الوكيل: قبلت فهو على وجهين: إما أن قال: قبلت لفلان، أو قال: قبلت مطلقًا، وفي الوجهين جميعًا ينعقد النكاح[2] للموكل.

٢٦٠٨- في فتاوى أهل سمرقند: مريض كلّ لسانه، فقال له رجل: أكون وكيلا عنك في تزويج ابنتك، فقال: آري آري، فذهب الوكيل وزوّج لا يجوز؛ لأن هذا اللفظ محتمل يحتمل آري وكلني، ويحتمل آري وكيل كشتي[3]، وفيه نظر، ينبغي أن يجوز النكاح؛ لأن قوله: آري جواب فيتقيد بالسؤال، والسؤال عن الوكالة الحالية - والله سبحانه وتعالى أعلم.

(١) وفي [illegible] من فلان.

(٢) وفي النسخ التي عندنا: العقد.

(٣) واللفظ غير واضح.

الفصل التاسع في معرفة الأولياء (١)

٣٦٠٩- ويجب أن يعلم بأن الولي من كان أهل الميراث، وهو عاقل بالغ، حتى لا تثبت الولاية للصبي، والمجنون، ولا تثبت الولاية للكافر على المسلم، ولا للمسلم على الكافر؛ لأن كل واحد منهما لا يرث من صاحبه، ولا تثبت الولاية للعبد؛ لأنه لا يرث من أحد. بعدها يحتاج إلى معرفة ترتيبهم، فنقول: أقرب الأولياء إلى المرأة الابن، ثم ابن الابن وإن سفل، ثم الأب، ثم الجد أب الأب وإن علا، ثم الأخ لأب وأم، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ لأب وأم، ثم ابن الأخ لأب وإن سفلوا، ثم العم لأب وأم، ثم العم لأب، ثم ابن العم لأب وأم، ثم ابن العم لأب وإن سفلوا، ثم عم الأب لأب وأم، ثم عم الأب لأب، ثم بنوهم على هذا الترتيب. ثم رجل هو أبعد العصبات إلى المرأة وهو ابن عم بعيد؛ لأن مرجع العشيرة إلى أب واحد وإن [تباعدوا] (٢)، ثم مولى العتاقة، ثم عصبة مولى العتاقة، ثم الأم، ثم ذوي الأرحام الأقرب فالأقرب، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وإنه استحسان.

وقال محمد رحمه الله تعالى: لا ولاية للأم وقومها، ولا لأحد من ذوي الأرحام وهو القياس، وقول أبي يوسف رحمه الله تعالى مضطرب، ذكر الطحاوي قوله مع أبي حنيفة، وذكر القدوري مع محمد، والأصح أنه مع أبي حنيفة رحمه الله تعالى، ثم مولى الموالاة، ثم السلطان، ثم القاضي، ومن نصبه القاضي إذا شرط تزويج الصغار والصغائر في عهده، وإذا لم يشترط فلا ولاية له، ثم إنما يحتاج إلى الولي في الصغير والصغيرة، والمجنون والمجنونة، وإذا زال الصغر والجنون تزول الولاية عندنا.

٣٦١٠- سئل إسماعيل بن حماد عن امرأة جاءت إلى القاضي، وقالت: إني أريد أن أتزوج، وليس لي ولي، ولا يعرفني أحد، فإن القاضي يقول لها: إن لم تكوني قرشية، ولا عربية، ولا ذات زوج، ولا في عدة أحد، فقد أذنت لك.

٣٦١١- وإذا اجتمع أب وابن، فالابن أولى في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله تعالى، وقال محمد: الأب أولى، وعلى هذا الاختلاف الجد مع الابن، هكذا ذكر القدوري، وذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى: أن

---

(١) وفي م: في الولاية في النكاح.

(٢) هكذا في ب و [illegible]، وكان في غيرهما: لم يتباعدوا.

عند أبي يوسف الابن أولى من الجد، رواية واحدة. في "نوادر هشام": عن محمد رحمه الله تعالى: إذا كان الرجل مختلطًا[1]، وله ابن وأب، فالتزويج إلى الابن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، والبيع [إلى الأب، وذكر هذه المسألة في "نكاح المنتقى"، وأجاب على نحو ما ذكرنا، وقال: هذا قول أبي يوسف رحمه الله، وقال محمد: هما جميعًا][2] إلى الأب.

٣٦١٢- وإذا اجتمع الجد والأخ لأب وأم، أو لأب، فعند أبي حنيفة الجد أولى، وعندهما: يستويان كما في الميراث، قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى في شرحه: الأصح عندي أن الجد أولى في الإنكاح عند الكل، لأن في الولاية معنى الشفقة معتبرة، وشفقة الجد فوق شفقة الأخ.

٣٦١٣- وإذا اجتمع الابن والأخ لأب وأم، أو لأب، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى الابن أولى، وقال محمد رحمه الله تعالى: الأخ أولى. وفي "المنتقى": قال محمد: إذا كان للصغيرة والد أو جد، لم يزوجها القاضي، وإن كان الجد أو الأب فاسقًا[3]، ينبغي للقاضي أن يزوجها من الكفؤ، وإن زوج الصغير أو الصغيرة أبعد الأولياء، فإن كان الأقرب حاضرًا، وهو من أهل الولاية، توقف نكاح الأبعد على إجازته، وإن لم يكن من أهل الولاية بأن كان صغيرًا، أو كان كبيرًا مجنونًا[4] جاز، وإن كان الأقرب غائبًا غيبة منقطعة، جاز نكاح الأبعد.

٣٦١٤- وتكلموا في حد الغيبة المنقطعة: وأكثر المشايخ رحمهم الله تعالى الكلام فيه، وكذلك اختلف الروايات فيه، والأصح أنه إذا كان في موضع لو انتظر حضوره، واستطلاع رأيه فات الكفؤ الذي حضر، فالغيبة منقطعة، وإن كان لا يفوت، فالغيبة ليست بمنقطعة، وإلى هذا أشار في الكتاب، فقال: أرأيت لو كان في السواد ونحوه إذا كان يستطيع رأيه، أشار إلى أن المعتبر استطلاع الرأي، فمن المشايخ رحمهم الله تعالى من لم يتجاوز عن هذا المقام، ومنهم من تجاوز عنه وقال: الكفؤ لا ينتظر أيامًا كثيرة، وينتظر قليلا، فلا بد من حد فاصل بينهما، فقدرنا ذلك بثلاثة أيام ولياليها؛ لأنه لا نهاية لما زاد على الثلاث، وهو قول أبي عصمة سعد بن معاذ المروزي، ومحمد بن مقاتل الرازي، فصار حد الغيبة المنقطعة على قولهما ثلاثة

---

(١) وفي "ظ": مجنونًا.

(٢) أثبت من "م"، وكان في الأصل: والبيع إلى الأب، وقولهما: إلى الأب... إلخ.

(٣) وفي "ب" و"ف": فاسدًا.

(٤) هكذا في "م"، وكان في النسخ الباقية عندنا: بأن كان صغيرًا، أو كبيرًا، أو مجنونًا... إلخ.

أيام ولياليها، وهكذا كان يفتي القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي رحمه الله تعالى، فإنه سئل عن صغيرة زوجتها أمها، ولها ولي بنسف وهذا السؤال كان ببخارى، قال: من بخارى إلى نسف مسيرة سفر، فهو غيبة منقطعة.

٣٦١٥ - قال القاضي الإمام: إذا زوج الولي الأبعد، ولا يعرف أن الولي الأقرب أين هو؟ يجوز، وإن ظهر أنه في ذلك المصر[1]، وإذا زوجها الأقرب من حيث هو، اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، في المنتقى: عن محمد: المرأة إذا لم يكن لها ولي حاضر أستحسن أن تولي رجلا فيزوجها، وهكذا جاء عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه، والرجل الذي يعول الصغير والصغيرة فلا ولاية له في إنكاحهما، وكذلك الوصي لا ولاية له في إنكاح الصغير والصغيرة، سواء أوصى إليه الأب بالإنكاح أو لم يوص إلا إذا كان الوصي وليهما، فحينئذ يملك الإنكاح بحكم الولاية لا بحكم الوصاية.

٣٦١٦ - في مجموع النوازل: سئل شيخ الإسلام رحمه الله تعالى عن رجل غاب غيبة منقطعة، وله بنت صغيرة، فزوجتها أختها لأب وأم، أو لأب، والأم حاضرة؟ قال: إن لم يكن لها عصبة أولى من الأخت جاز النكاح، قيل له: لا تكون الأم أولى من الأخت؟ قال: لا؛ لأن الأخت من أب وأم من قوم الأب، والنساء اللواتي من قوم الأب لهن ولاية التزويج عند عدم العصبات بإجماع من أصحابنا رحمهم الله تعالى وهي الأخت، والعمة، وبنت الأخ، وبنت العم، فأما الأم والنساء اللواتي من قبل الأم فلهن ولاية عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعند محمد رحمه الله تعالى لا ولاية لهن، وقد ذكرنا قبل هذا أن ولاية ذوي الأرحام على الخلاف، فيما ذكر شيخ الإسلام، وأن النساء اللواتي من قوم الأب لهن ولاية التزويج عند عدم العصبات بإجماع بين أصحابنا رحمهم الله تعالى، مستقيم في الأخت لا في العمة، وبنت الأخ، وبنت العم؛ لأنهن من جملة ذوي الأرحام.

٣٦١٧ - وإذا زوج الصغيرة أو الصغير غير الأب والجد، ثم بلغ فلهما الخيار عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، والمسألة معروفة، ولو زوجتها أمها، وبلغت فلها الخيار عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى على أصح الروايتين، والقاضي إذا زوج الصغير أو الصغيرة، ثم بلغا فلهما الخيار في أظهر الروايتين[2] عن أبي حنيفة، وهو قول محمد رحمه الله تعالى، وإذا كان الوصي وليا، وزوج الصغير أو الصغيرة، وبلغ فله الخيار؛ لأن نفاذ تصرفه ليس لكونه

[1] ما بين الأقواس زيد من "التاتارخانية": وإن ظهر أنه في المصر لا يجوز.

[2] وفي "ب": ثم بلغا فلهما الخيار عند أبي حنيفة على الأصح الروايتين عن أبي حنيفة، وهو قول محمد.

وصياً، فصار كونه وصياً وغير وصي سواء.

٣٦٦٨ - في العيون: معتوهة زوّجها عمّها أو أخوها، ثم عقلت فلها الخيار، وإن كان زوّجها أبوها أو جدّها فلا خيار لها؛ لأنّ المعتوهة بمنزلة الصغيرة، وفي الصغيرة الحكم كذلك، وإن زوّج المعتوهة ابنها، فلا رواية فيه عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى، ويجوز أن لا يكون لها الخيار؛ لأنّ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إذا اجتمع الابن والأب في البالغة المعتوهة، فولاية الإنكاح للابن، وإذا كان الابن مقدماً على الأب عنده ولا خيار لها في تزويج الأب، جاز أن لا يكون لها الخيار في تزويج الابن من الطريق الأولى، وكما يثبت خيار البلوغ للأنثى يثبت للذكر؛ لأنّ سبب ثبوت هذا الخيار صدور العقد عن شفقة قاصرة، وهذا المعنى يعمّ الذكر والأنثى، ولا يكون الفرقة فيه إلا بقضاء القاضي.

٣٦٦٩ - ويبطل هذا الخيار في جانبها بالسكوت إذا كانت بكراً، ولا يمتد إلى آخر المجلس، حتى لو سكتت كما بلغت وهي بكر بطل خيارها [وإن كانت ثيّبة في الأصل، أو كانت بكراً إلا أنّ الزوج قد دخل بها، ثم بلغت عند الزوج لا يبطل خيارها][1] بالسكوت ولا بقيامها عن المجلس؛ لأنّ سكوت الثيّب لم يجعل رضى شرعاً، وإنما يبطل خيارها إذا رضيت بالنكاح صريحاً، أو يوجد منها فعل يستدلّ به على الرضا، وذلك نحو التمكين من الجماع، أو طلب النفقة، أو ما أشبه ذلك.

٣٦٧٠ - أما لو أكلت من طعامه، أو خدمته كما كانت فهي على خيارها، وفي جانبه لا يبطل هذا الخيار بالسكوت، وهذا لأنّا نعتبر الإجازة بالابتداء، وسكوت الثيّب والغلام لا يجعل رضى بالابتداء بعد البلوغ، فكذا لا يجعل إجازة للعقد الذي سبق البلوغ، فإنّما يبطل خياره بصريح الرضا، أو بما يدلّ عليه من قربان المرأة وتجهيزها، أو تسليم الصداق إليها، وهذا الخيار يبطل بالجهل؛ [لأنه جهل][2] في غير موضعه، وتفسير ذلك: إذا علمت بالعقد ساعة ما بلغت، لكن جهلت ثبوت الخيار فسكتت، بطل خيارها، أما إذا لم تعلم بالعقد ساعة ما بلغت، كان لها الخيار إذا علمت، وأمّا إذا بلغت وسألت عن اسم الزوج، أو عن المهر المسمّى، أو سلّمت على الشهود، بطل خيار البلوغ.

٣٦٧١ - [وإذا وقعت الفرقة بخيار البلوغ][3]، إن لم يكن الزوج دخل بها فلا مهر لها،

---

(١) أثبت من ظ و م و ب.

(٢) أثبت من ب و ف و م ز.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

وقعت الفرقة باختيار الزوج أو باختيار المرأة، وإن كان قد دخل بها، فلها المهر كاملاً، وقعت الفرقة باختيار الزوج، أو باختيار المرأة.

٣٦٢٢- إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: ينبغي للصغيرة أن تختار نفسها مع رؤية الدم، قلت: فإن رأت الدم في جوف الليل؟ قال: ينبغي أن تقول بلسانها قد فسخت النكاح، وتشهد إذا أصبحت وتقول: رأيت الدم الآن؛ لأنها لا تُصدَّق إن تقول: رأيت بالليل، وفسختُ النكاح. قال إبراهيم. قلت لمحمد رحمه الله تعالى: وسعها ذلك؟ قال: نعم. قال هشام: سألت محمدًا عن الصغيرة التي يزوجها عمها إذا حاضت، فقالت: الحمد لله قد اخترتُ، فهي على خيارها، وإن بعثت خادمها حين حاضت تدعو الشهود لتُشهدهم، فلم تقدر على شهود وهي في موضع منقطع عن الناس، فمكثت أيامًا لا تقدر على الشهود، قال: ألزمها النكاح، ولم أجعل هذا عذرًا.

٣٦٢٣- ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: إذا اختارت نفسها وأشهدت على ذلك، ولم تتقدم إلى القاضي شهرين، فهي على خيارها ما لم تمكّنه من نفسها، إذا زوّج القاضي صغيرة لا ولي لها، ولم يكن السلطان أذن للقاضي في تزويج الصغائر. ثم أذن له في ذلك، فأجاز ذلك النكاح لم يجز، وإن كان قد أذن له قبل التزويج فزوّج جاز، هكذا ذكر في "فتاوى الفضلي".

٣٦٢٤- وعلى قياس قول محمد رحمه الله تعالى في "الجامع الصغير": العبد إذا تزوّج امرأة بغير إذن المولى، ثم إن المولى أذن له في النكاح، وأجاز ذلك النكاح أنه يجوز استحسانًا، والفضولي إذا زوّج رجلاً امرأة بغير أمره، ثم إن الزوج وكّله ذلك الرجل أن يزوّجه امرأة، فأجاز ذلك النكاح أنه يجوز استحسانًا، ينبغي في هذه المسألة أن يجوز، وتجعل إجازته ذلك النكاح استحسانًا، سئل شمس الأئمة الأوزجندي رحمه الله تعالى عن صغيرة لها أخ لا يزوّجها، فزوّجها القاضي بغير أمر الأخ، قال: لا يصح النكاح إلا إذا كان الأخ غائبًا أو عاطلاً، حينئذ يجوز، الأب أو الجدّ، أو غيرهما زوّج الصغيرة ممن لا يكافئها، أو زوّج الصغير امرأة ليست بكفؤ، فقد مرّ هذه المسألة في فصل الكفاءة.

٣٦٢٥- وإذا زوّج الأب أو الجد الصغير امرأة بأكثر من مهر مثلها، أو زوّج الصغيرة بأقلّ من مهر مثلها، إن كانت الزيادة والنقصان بحيث يتغابن الناس في مثله، يجوز بالاتفاق. وكذلك الجواب في غير الأب والجد من سائر الأولياء، أما إذا كانت الزيادة والنقصان فاحشًا بحيث لا يتغابن الناس في مثله، ففي الأب والجد قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: صحّ

النكاح، وصحح الحط والزيادة، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لا يجوز، ولو بيّن مهراً لا يجوز؟ النكاح، أو التسمية؟ وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن النكاح جائز، والتسمية لا تجوز، وذكر هشام عن محمد رحمه الله تعالى أن النكاح جائز. وفي الجامع الصغير: عنه أن النكاح لا يجوز.

٣٦٢٦- وأجمعوا على أن غير الأب والجد إذا زاد أو نقص بحيث لا يتغابن الناس في مثله أنه لا يجوز النكاح حتى لو جاز ذلك بعد البلوغ لا تعمل إجازته، وأجمعوا على أن الأب أو الجد لو زوّج أمة ابنه الصغير بأقل من مهر المثل، أنه لا يجوز. إذا كان الرجل يجن ويفيق، هل تثبت ولاية الأب عليه في حال جنونه؟ ذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى في أدب القاضي في باب شهادة الأعمى: أنه إذا كان يجن يوماً أو يومين فهو بمنزلة المغمى عليه، لا يثبت للغير عليه ولاية في حال جنونه، وتقبل شهادته في حال إفاقته.

٣٦٢٧- وأما الجنون المطبق يوجب [زوال] (١) الولاية، وقدّر في بعض المواضع بأكثر من السنة في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، ومحمد رحمه الله تعالى قدره أولاً بشهر، ثم رجع وقدره بالسنة. وفي واقعات الناطفي: قدّر المطبق في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى بالشهر، والأصل أن في حق الصلوات المطبق مقدر بست صلوات، وفي حق الصوم بالشهر، وفي الزكاة بما سواها على الخلاف، وإذا عرفت حد الجنون المطبق فما دونه غير المطبق، وهو المراد من قوله في الكتاب: يجن ويفيق.

٣٦٢٨- في أجناس فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: رجل زوّج ابنه الكبير امرأة فلم يعلم الابن حتى جن جنوناً مطبقاً، فأجاز الأب ذلك النكاح جاز. وإذا أقر الولي على ولده الصغير بالنكاح بأن قال: كنت زوجت ابنتي الصغيرة أمس من فلان، أو زوجت لابني الصغير امرأة فلانة أمس، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يصدّق الأب على ذلك، وإن صدقته المرأة أو الزوج، ما لم يشهد بذلك شاهدان، أو يصدقانه بعد الإدراك، وإنما يتبين هذا فيما إذا أقر الولي عليهما بالنكاح، ثم أدركا (٢) مكذّباه، أو أقام المدعي عليهما شاهدين بعد البلوغ بإقرار الولي عليهما بالنكاح في حالة الصغر.

٣٦٢٩- وكذلك على هذا الوكيل بالنكاح (٣) من جانب الرجل والمرأة، إذا أقر على

(١) هكذا في م.

(٢) في م: ... أدركها.

(٣) وفي ...: وكذلك على هذا الوكيل بالنكاح ... إلخ.

حق الخصومة للمرأة مع الولي، وعلى قولهما حق الخصومة للولي[1] لا غير، وهو بناء على أن الحق إلى تمام مهر مثلها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى للمرأة وللأولياء، كما في حق الكفاءة، وعندهما الحق للمرأة لا غير.

هما يقولان: المهر خالص حقها حتى استبدت بالتصرف فيه استيفاء وإسقاطًا. وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: الأولياء يعيّرون[2] بالنقص عن مهر المثل، كما يعيّرون بالوضع عند من لا يكافئهم، وإن أمرت رجلا حتى زوّجها فهو على هذا الخلاف؛ لأن تزويج المأمور إياها بأمرها بمنزلة مباشرتها بنفسها، وإن طلّقها الزوج ثلاثًا قبل إجازة الولي أو الحاكم، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى أخرًا: لا يحل له أن يزوّجها قبل التزوج بزوج آخر، وكذلك على قول محمد رحمه الله تعالى على القول المرجوع عليه، وعلى قوله الأول: يكره لها التزوّج قبل التزوّج بزوج آخر، لكن لا يحرم؛ لأن الطلاق لم ينفذ عنده على الحقيقة.

٣٦٣٣- في المنتقى: إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: صغيرة زوّجها أمها من رجل، ثم طلّقها الزوج قبل أن يدخل بها، له أن يتزوّج أمها؛ لأن ذلك ليس بنكاح، وهذا لأن الأم ليست بولية عند محمد رحمه الله تعالى. وإن كانت كبيرة فزوّجت نفسها، أو زوّجتها أمها برضاها، ثم طلّقها قبل أن يخلو بها، فليس له أن يتزوّج بأمها، قال: لأن الناس اختلفوا في النكاح بغير ولي، فأكره هذا لاختلاف الناس فيه.

٣٦٣٤- وعنه أيضًا: رجل زوّج أخته برضاها، فقال أبوها: قد أبطلت النكاح، لا يكون إبطالا حتى يبطله القاضي، وقال للولي أن يجيز النكاح، وليس للولي أن ينقضه، أشار إلى أن في النكاح بغير ولي يحتاج إلى إبطال القاضي، ولا يكفيه إبطال الولي.

٣٦٣٥- وفي فتاوى الفضلي: سئل عن امرأة زوّجت نفسها بحضرة امرأتين، وحضرة وليها من رجل؟ قال: النكاح جائز على مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى، ويصير الولي شاهدا مع امرأتين، أكثر ما فيه أن الولي إنما اعتبر شاهدا كان هذا نكاحا بغير ولي [إلا أن] النكاح بغير ولي عنده جائز، ويجب أن يكون الجواب هذا على قول أبي يوسف آخرًا، فكذلك على قول محمد المرجوع إليه. في فوائد مشايخ الفضلي بخارا: أن القاضي إذا زوّج

---

(١) هكذا في النسخ الموجودة عندنا، والذي يشهد به سياق الكلام وسباقه: للمرأة مكان الولي هو الصحيح، وكذا هو في الفتاوى الهندية... إلخ. (الحاشية المثار عليه)

(٢) وفي ب و م: يعيرون بالنقص عن مهر المثل، كما يعيرون بالوضع.

الفصل العاشر في نكاح الصغار والصغائر وتسليمهن إلى الأزواج وتصرف الأولياء في المهر

٣٦٣٦- قال محمد رحمه الله تعالى في «الأصل»: بلغنا أن رسول الله ﷺ بنى بعائشة رضي الله تعالى عنها وهي بنت تسع سنين، وتزوجها وهي بنت ست سنين[1]. وفيه دليل على أن للزوج أن يدخل بالمرأة الصغيرة إذا بلغت تسع سنين، وإن لم تبلغ فإنّ بلوغها لم ينقل في الحديث، وبه أخذ بعض المشايخ رحمهم الله تعالى، ومن المشايخ من قال: ليس للزوج أن يدخل بها ما لم تبلغ.

وأكثر المشايخ على أنه لا عبرة للسن في هذا الباب، وإنما العبرة للطاقة إن كانت ضخمة سمينة تطيق الرجال، ولا يخاف عليها من المرض من ذلك، كان للزوج أن يدخل بها وإن لم تبلغ تسع سنين، وإن كانت نحيفة مهزولة، لا تطيق الجماع، ويخاف عليها المرض، لا يحل للزوج أن يدخل بها وإن كبر سنُّها، وهو الصحيح.

وكذلك المشايخ رحمهم الله تعالى اختلفوا على نحو هذا في ختان الصغير، بعضهم اعتبر البلوغ، وبعضهم اعتبر تسع سنين، وبعضهم عشر سنين، وأكثرهم على أنه يعتبر الطاقة، إن كان قويًا بحيث يطيق ألم الختان يختن، قلَّ سنُّه أو كثر.

٣٦٣٧- وإن نقد الزوج المهر، وطلب من القاضي أن يأمر أب المرأة بتسليم المرأة، فقال أب المرأة: إنها صغيرة لا تصلح للرجال، ولا تطيق الجماع، وقال الزوج: بل هي تصلح للرجال، وتطيق الجماع، قال: ينظر إن كانت ممن تخرج أخرجها القاضي، وأحضرها، وينظر إليها. فإن صلحت للرجال أمر بدفعها إلى الزوج، وإن لم تصلح لم يأمر، وإن كانت ممن لا يخرج أمر من يثق به من النساء أن ينظرن إليها، فإن قلن: إنها تطيق الرجال، وتحتمل الجماع، أمر الأب بدفعها إلى الزوج، وإن قلن: لا تحتمل الرجال، لا يأمر بتسليمها إلى الزوج.

٣٦٣٨- وفي «أدب القاضي» للخصاف في باب المطالبة بالمهر: وإن ادعى الزوج أنها

(١) كما في رواية البخاري: ٤٧٣٨، ومسلم: ٢٤٥٧، وأبي داود: ١٨١١، وابن ماجه: ١٨٦٦، والدارمي: ٢١٦١.

بلغت مبلغ النساء، وقال الأب: هي صغيرة لم تبلغ، ولا تحتمل الرجال، وهي ممن يشك في بلوغها، إذا قلن: إنها تحتمل الرجال، دفعت إلى الزوج، في هذا الباب أيضاً: وإن أتى الزوج ببينة تشهد على سنها، وقد عرفت مولدها، فإن كانت قد أتى عليها خمس عشرة سنة، دفعت إلى الزوج؛ لأن الظاهر أن المرأة إذا بلغت هذا المبلغ تصلح للرجال، فتدفع إليه، إلا إذا تبين بخلافه، ألا ترى أن البالغة إذا كانت لا تحتمل لا يؤمر بدفعها إلى الزوج، كذا ههنا.

٦٦٣٩- صغيرة لا يستمتع بها زوّجها أبوها، فللأب أن يطالب الزوج بمهرها، بخلاف النفقة في هذا الباب. وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى أيضاً: والفرق وهو أن النفقة بإزاء الاحتباس لحق الزوج، وهي غير محبوسة لحق الزوج [ولأن الزوج][1] لا يستمتع بها بخلاف المهر؛ لأن المهر بإزاء الملك، والملك ثابت. في الينابيع، قيل: ليس للأب أن يطالب الزوج بمهر ابنته الصغيرة إلا أن تصير بحال يستمتع بها، وللأب ولاية مطالبة الزوج بمهر ابنته البكر وإن كانت كبيرة استحساناً، إلا إذا نهته عن القبض، فحينئذ ليس له ولاية مطالبته، وليس لأحد من الأولياء ذلك، إلا بوكالة منها، وإن كانت ثيباً، إن كانت كبيرة فليس للأب المطالبة بمهرها إلا بوكالة منها، وإن كانت صغيرة فله ولاية المطالبة بالمهر.

وفي المنتقى: إبراهيم عن محمد وبشر عن أبي يوسف رحمهم الله تعالى: إذا أقر الأب بقبض المهر، والابنة بكر صدق.

٦٦٤٠- وفيه أيضاً: إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: رجل تزوّج امرأة بكراً، ودفع المهر إلى الأب، برئ وليس للأب أن يأخذ الزوج بالمهر، إلا بوكالة منها، ولو قبض النفقة بعد ذلك الزوج، لم يكن قبضه قبضاً لها، وللزوج أن يأخذ ذلك من الأب، معنى المسألة إذا وهب الزوج لامرأته قبل أن يبني بها هبة، أو أهدى إليها هدية فقبض الأب ذلك، والمرأة بكر فقبض الأب لا يكون قبضاً لها، حتى كان للزوج أن يأخذ ذلك من الأب، بخلاف قبض الأب المهر، فإنه جعل قبضاً لها إذا كانت بكراً، حتى برئ الزوج. وفيه أيضاً: بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا زوّج الرجل ابنته وهي بكر، وكان الزوج مقراً بالنكاح والمهر، فللأب أن يخاصم في النفقة والمهر، وإن كان جاحداً للنكاح والمهر، فليس له أن يخاصم إلا بالوكالة.

٦٦٤١- وفي فتاوى الفضلي: وللرجل أن يخاصم في مهر ابنته البكر البالغة بغير

[1] ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من م ز ب و ف.

وكالة منها، كما أن له أن يقبض المهر. وفي الينابيع: وأما الشراء بالمهر، فالأشبه أنه لا يجوز، وقيل: يعتبر فيه العادة، ثم الأب في حق البكر البالغة إنما يملك قبض المهر دنانير أو المسمى، حتى لو كان المسمى بيضاء لا يملك قبض السود، وكذلك على العكس، هكذا ذكر في أدب القاضي للخصاف في باب المطالبة بالمهر، وهذا تنصيص على أنه لا يملك قبض الضياع بدلا عن الدراهم، ولا يملك الأب قبض غير المسمى. قال شمس الأئمة الحلواني: وهذا مذهب أصحابنا رحمهم الله تعالى.

٣٦٤٢- وفي فتاوى أبي الليث: الأب إذا قبض ضيعة بمهر ابنته البكر، إن كان ذلك في بلد لم يجر التعارف بدفع الضيعة بالمهر لم يجز؛ لأن هذا شرى، وليس بقبض للمهر، وليس للأب أن يشتري على ابنته البالغة، وإن كان في بلد جرى التعارف بذلك، جاز إذا كانت بكرًا، وفي بلادنا جرى التعارف بذلك في الرساتيق، ولم يجر في البلد، وإن كانت صغيرة فأخذ الأب ضياعًا بمهرها، إن كانت تساوي المهر فهو جائز، سواء كان في بلدة جرى التعارف بدفع الضيعة في المهر، أو كان في بلد لم يجر التعارف بدفع الضيعة بالمهر؛ لأن هذا إما أن يعتبر قبضًا للمهر، أو شراء، وأيا ما كان فالأب يملك ذلك على ابنته الصغيرة، وإن كانت الضيعة لا تساوي المهر، إن كان في بلدة جرى التعارف بدفع الضيعة بالمهر بأضعاف القيمة جاز؛ لأن هذا قبض للمهر، وإن كان في بلدة لم يجر التعارف بذلك لا يجوز؛ لأن هذا لا يساوي المهر؛ لأن هذا شراء، وليس للأب ولاية الشراء على ابنته الصغيرة بأضعاف القيمة.

٣٦٤٣- وفي الينابيع: وللقاضي أن يقبض مهر البكر البالغة كالأب، والجد، والوصي، رواه هشام عن محمد رحمه الله تعالى. وأطلق الخصاف؛ لأنه لا يقبض إلا الأب يعني من غير وكالة منها. وفيه أيضًا: فأما الشراء بالمهر، فالأشبه أنه لا يجوز. قال: وقد قيل: إنه يعتبر فيه العادة. وفيه أيضًا: لا يجوز إقرار الأب بعد بلوغها بقبض المهر في صغرها، ولا يضمن للزوج؛ لأن الزوج قد صدقه، إلا أن يقول وقت القبض: أقبضه على أن أبرئك من شيء.

٣٦٤٤- وفي الملتقط: إذا زوج الرجل ابنته وهي صغيرة، ثم أدركت، وطالبت زوجها بالمهر، وقال الزوج: دفعت إلى أبيك وأنت صغيرة، وصدقه الأب في ذلك، فإن إقرار الأب اليوم لا يجوز على ابنته، ولها أن ترجع بالمهر على الزوج، ولا يرجع به الزوج على الأب من قبل أنه مقر أنه دفعه إليه، ودفعه جائز، وإن كان الأب قال: أخذت منك المهر على أن أبرئك

من ابني، وباقي المسألة بحالها، كان للزوج أن يرجع على الأب؛ لأنه قبضه على أن يبرئه من صاحبه.

٣٦٤٥ - قال في المنتقى: والحكم فيه بين الوكيل، والمديون، ورب الدين، في مثل هذا نظير الحكم فيما بين المرأة، والأب [والرجل][1] إذا قبض مهر ابنته البالغة من الزوج، ثم ادعى عليه الرد، فإن كانت الابنة بكراً لم يصدق إلا ببينة، لأن له حق القبض، وليس له حق الرد، فقد ادعى ما ليس حقه، فلا يصدق، وإن كانت ثيباً يصدق؛ لأنه ليس له حق قبض مهر البنت البالغة إلا بوكالة منها، ولم يوجد الوكالة، فلا يقع قبضه لابنته، وإنما يقع قبضه للزوج، ويكون المهر أمانة للزوج في يده، فإذا قال: رددت على الزوج، فقد ادعى رد الأمانة على صاحبها، فيصدق الأب.

٣٦٤٦ - الأب إذا زوج ابنته من إنسان، وطلبوا منه أن يقر بقبض شيء من الصداق، أو يهب شيئاً من الصداق، فالإقرار بالقبض باطل؛ لأن أهل المجلس يعرفون أنه كذب حقيقة، وأما الهبة فإن كانت البنت كبيرة فالأب يقول: أهب بإذن ابنتي كذا وكذا، ثم يضمن للزوج عنها، ويقول: إن أنكرت الإذن بالهبة، ورجعت عليك فأنا ضامن لك عنها، ويكون هذا الضمان صحيحاً؛ لكونه مضافاً إلى سبب الوجوب، وإن كانت البنت صغيرة، فالحيلة أن يباشر العقد على ما وراء القدر الملتمس هبته، فلا يحتاجان إلى الهبة، أو يحيل الزوج بعض[2] الصداق على أب الصغيرة، فيفرغ ذمته إن كان أب الصغيرة أعلى من الزوج[3] إذا جعل الأب بعض مهر ابنته البالغة معجلاً، والبعض مؤجلاً، والبعض هبة، كما هو المعهود، ثم قال الأب: إن لم تجز الابنة الهبة، فهي علي، لا يلزم الأب بهذا شيء.

٣٦٤٧ - في شهادات فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: ذكر الخصاف في أدب القاضي: لو أن رجلاً قدم رجلاً إلى القاضي وقال: إني زوجت هذا ابنتي على صداق كذا وكذا بأمرها وهي بكر، وأنا أريد صداقها، فإن أقر الزوج بالتزويج والمهر، وقال: لم تدخل بها، أمره بدفع المهر إلى الأب، ولا يشترط إحضار المرأة للاستيفاء عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى. وقال زفر: يشترط إحضارها، وهو قول أبي يوسف أخيراً. هو يقول: بأن نكاح

(١) أثبت من [illegible] وكان في الأصل: الرجل.

(٢) وفي خ: بعض الصداق.

(٣) وفي التاتارخانية: أملأ من الزوج، وكان: أعلى من الزوج.

معاوضة ، فتكون بمنزلة البيع ، ثم البائع إنما يملك مطالبة المشتري بالثمن إذا أحضر المبيع مع نفسه ، ليسلمه عقيب قبض الثمن ، فكذا في النكاح . وإنا نقول : بأن العادة جرت فيما بين الناس بتسليم الصداق أولاً ، وتجهيز الولي المرأة بذلك ، ثم تسليمها إلى الزوج مع جهازها ، فصار الزوج راضيًا بتأخير تسليم المرأة ، فلا معنى لاشتراط إحضار المرأة ، ولا كذلك البيع .

٣٦٤٨ - فإن قال الزوج للقاضي : مُرِ الأب ، فليقبض المهر مني ، ويسلّم الجارية إليّ ، قال له القاضي : اقبض المهر ، وادفع الجارية إليه ، فإن قال الأب : ليس عليّ إحضارها ، فهو يطلبها حيث هي ؛ فالقاضي يقول له : إنّ المهر الذي تريد أخذه ثمن بضعها ، وعليها إذا كانت كبيرة وقبضت المهر أن تسلم نفسها إلى الزوج ، فإذا قبضت أنت المهر لها ، كان عليك تسليمها إليه إن كانت في منزلك ، فإن قال الأب : ليست هي في منزلي ، ولا أقدر عليها ، فإني أقبض المهر ، وهو يطلبها حيث هي ، أبى له ذلك ، وإن قال : هي في منزلي ، فأنا أقبض المهر ، وأجهّزها به ، وأسلّمها إليه ، فالقاضي يأمر الزوج بدفع المهر إليه ، فإن قال الزوج : هو يماطلني عنها ، ويريد أن يأخذ المهر مني ، ولا يسلمها إليّ ، فمره فليوثق لي بكفيل من المهر ، فالقاضي يأمر الأب أن يوثق من المهر للزوج بكفيل ، فيعطيه كفيلاً بالمهر ، ويأمر الزوج بدفع المهر ، حتى إذا سلّم البنت إليه برئ الكفيل ، وإن عجز عن ذلك يصل الزوج إلى حقه بالكفيل ، فيعتدل النظر من الجانبين .

وهكذا كان يقول أبو يوسف رحمه الله تعالى أولاً ، ثم رجع وقال : القاضي يأمر الأب أن يجعل المرأة مهيّأة للتسليم ، ويحضرها ، ويأمر الزوج بدفع المهر ، والأب بتسليم البنت ، فيكون دفع الزوج المهر عند تسليمها نفسها إلى الزوج ؛ لأن النظر لا يحصل للزوج بالكفالة ، لأنه لا يصل إلى المرأة لا محالة بالكفالة ، وإنما النظر في التسليم بحضرتها[1] ، قال الخصّاف رحمه الله تعالى : وهذا أحسن القولين .

٣٦٤٩ - فإن كان الأب قد قدّم الزوج إلى قاضي الكوفة ، والخصومة [بينهما على ما وصف ، فقال الأب : ابنتي بالبصرة ، وثمة كان عقد النكاح ، أو قال : كانت ابنتي][2] بالكوفة ، إلا أنها انتقلت إلى البصرة ، فأنا أسلّمها إليه بالبصرة ، فإنّ الأب لا يجبر على إحضارها إلى الكوفة ، ولكن يقال للزوج : ادفع المهر إلى الأب ، واخرج إلى البصرة مع الأب ، وخذ المرأة

---

(١) وفي "ب" و"ر" و"ص" : وإنما النظر في تسليم المهر بحضرتها ، وفي "م" : [illegible] النظر في [illegible] المهر .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من "ظ" و"م" و"ب" .

هناك من الأب، فقد ذكرنا قبل هذا أن إحضار المرأة ليس بشرط لتسليم المهر، فإن اتهم الزوج الأب تمامًا من قبله فالقاضي يأمر الزوج أن يأخذ من الأب كفيلًا بالمهر على أنه إن سلّم الأب البنت بالبصرة، برئ الكفيل، فإذا أتى البصرة، وسلّم الأب البنت إليه، برئ الكفيل والأب، وإن عجز عن تسليم البنت إليه، يخاصم الكفيل، ويستوفي حقه منه، فيعتدل النظر من الجانبين، فإن قال الزوج: لا يمكنني الخروج إلى البصرة، ولكن أوجه [وكيلًا][1] يحولها إلى منزلي بالبصرة، فذلك له، وإن قال الزوج: يحملها وكيلي إليّ، فإن كان الوكيل محرمًا، فله ذلك بناء على أن المرأة إذا استوفت صداقها، كان للزوج أن ينقلها حيث أحب، وستأتي المسألة بعد هذا مع قول الفقيه أبي القاسم الصفار -إن شاء الله تعالى-.

٢٦٥٠- وإن لم يكن الوكيل محرمًا[2]، لم يؤمر بالخروج معه، وإن رضي الزوج بذلك؛ لأنه رضي بما لا يرضى به الشرع. وهو خروج المرأة إلى السفر من غير محرم، هذا هو الكلام في الأب.

٢٦٥١- جئنا إلى الوكيل بقبض المهر من جهة المرأة، فنقول: إذا وكّلت المرأة رجلًا بقبض مهرها من الزوج، كان الأمر في اشتراط حضرة المرأة، وأخذ الكفيل بالمهر من الوكيل عند التهمة، ورجوع أبي يوسف كالكلام في الأب، وهذه المسألة على هذا التفصيل استفيدت من جهة الخصاف، وإن كان الزوج قد دخل بامرأته فليس للأب أن يقبض مهرها، إلا بوكالة منها لما ذكرنا.

٢٦٥٢- فإن طالب [الأب][3] الزوج بالمهر، وقال: ابنتي بكر في منزلي؛ وقال الزوج: دخلت بها؛ فالقول في ذلك قول الأب؛ لأنه يتمسك بالأصل، وينكر العارض، وإن قال الزوج للقاضي: حلّف الأب أنه لم يعلم أني قد دخلت بها. ذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالى هذه المسألة في الواقعات في الباب المعلمة بعلامة النون، وقال: لم يذكر عن هذه المسألة جواب في الكتاب، ويحتمل أن يحلف؛ لأن الأب لو أقر بذلك صح إقراره في حق نفسه، حتى لم يكن له أن يطالب بالمهر، وكانت المطالبة إلى البنت، فكان التحليف متبنًا،

---

(١) هكذا في النسخ التي عندنا. وكان في الأصل: كفيلا.

(٢) وفي م: محرما هذا.

(٣) أثبت من م.

البائع، وأنكر المبتاع ذلك، كان القول قول المبتاع، وطريقه ما قلنا. ولو قالت المرأة: قد خلا بي إلا أنه لم يقع عليّ، ولم أمكّنه من ذلك، حتى أقبض مهري، فالقول قولها لما قلنا، وليس للزوج أن يحتج على القاضي، ويقول: إن الخلوة أقيمت مقام الجماع، ولو كنت جامعتها أليس أنه يلزمها[1] الذهاب إلى منزلي، ثم تطالبني بالمهر، فههنا كذلك؛ لأن من حجة القاضي أن يقول: الخلوة ليست بجماع حقيقة، وإنما أقيمت مقامه في حق بعض الأحكام دون البعض، ثم رجعت إلى منزل أبيها، فطلبها الزوج، ألا ترى أنه لو طلقها بعد الخلوة لا يملك الرجعة في هذه العدة.

٣٦٥٥- وإن كان أهل الصغيرة دفعوها إلى زوجها، أو كان أبوها قد دفعها إلى زوجها، ثم رجعت إلى منزل أبيها، فطلب الزوج وقال: قد دخلت بها، وقال أهلها: نعم قد دخلت بها، إلا أنك قد عفرتها[2] لأنها لا تحتمل الرجال، وقال الزوج: إنها تحتمل الرجال، إلا أنها نشزت علي[3]. فالقاضي يريها النساء، إن قلن: إنها تصلح للرجال، دفعها إلى الزوج، وإذا كان أبوها دفعها إليه، وهي ممن لا تطيق الرجال، ولا تحتمل الوطء، وصارت في منزل زوجها، ثم إنها رجعت إلى منزل أبيها، فقال أبوها: لا أدفعها إلى أن تصير إلى الحال التي تحتمل الرجال، وقال الزوج: قد كنت دفعتها إليّ وصارت في منزلي، فليس لك منعها عني بعد ذلك، فللأب ذلك. هكذا ذكر الخصّاف رحمه الله تعالى، وأشار إلى المعنى فقال: لأن الزوج لا ينتفع بها في هذه الحالة.

٣٦٥٦- سئل شمس الأئمة الأوزجندي رحمه الله تعالى عمّن تزوّج صبيّة، ومضى على ذلك مدة، هل لأب الصبيّة أن يطالب الزوج بدفع المهر، والزفاف؟

قال: أما بدفع المهر فنعم، وأما بالزفاف فكذلك إن كانت تصلح للرجال، وإن كانت لا تصلح فلا، وإذا زوّج ابنته الصغيرة، وضمن لها المهر عن الزوج، صحّ بخلاف ما إذا باع شيئًا من مالها، وكفل لها بالثمن عن المشتري، حيث لا يصح

---

(١) وفي ظ: أليس له أن يلزمها [illegible]

(٢) وفي م: قد عقدتها، وفي ب: قد عفوتها، بمعنى عقرتها أي جرحتها.

(٣) وفي م: نفرت عليّ.

والفرق: أن المطالبة بالثمن مملوكة للأب؛ لأن حقوق العقد في باب البيع والشراء ترجع إلى العاقد عندنا، ولهذا لو بلغت الصغيرة كان حق القبض لأبيها، ولو نهت الأب عن القبض لا يصح نهيها، فلو صحت الكفالة لا يستوجب الأب المطالبة على نفسه لنفسه، وهذا لا يجوز، أما المطالبة بالمهر غير مملوكة للأب؛ لأن حقوق العقد في باب النكاح ترجع إلى من وقع العقد له، لا إلى العاقد، ولهذا إذا بلغت الصغيرة كانت المطالبة بالمهر لها لا للأب، ولو نهت الأب عن القبض يصح نهيها، وإذا لم يكن المطالبة مملوكة للأب، صار الأب في هذه وأجنبي آخر سواء، فإذا صح الضمان عندنا لو بلغت الابنة، كان لها الخيار إن شاءت طالبت الأب بحكم الضمان، وإن شاءت طالبت الزوج بالمهر بحكم النكاح، وإذا أدّى الأب لا يرجع على الزوج[1] بشيء إن ضمنه بغير أمر الزوج، وإن ضمن بأمره يرجع عليه بما أدّى. وفي "شرح الكافي": وفي "أدب القاضي" للخصاف في باب "نكاح الصغيرة": وإن كان هذا الضمان من الأب في مرض موته كان باطلاً.

٣٦٥٧- وإذا زوّج ابنه الصغير امرأة، وضمن عنه المهر، وكان ذلك في صحته جاز، معناه: إذا قبلت المرأة الضمان، وإذا أدّى الأب ذلك، إن كان الأداء في حالة الصحة لا يرجع على الابن بما أدّى استحساناً، إلا إذا كان بشرط الرجوع في أصل الضمان، وفي "المنتقى": عن محمد رحمه الله تعالى: إذا أشهد عند الأداء أنه يرجع به في مال ابنه، فله أن يرجع، وإن لم يشهد على الرجوع حين ضمن. وذكر إبراهيم هذه المسألة في "نوادره"، ووضعها فيما إذا كبُر الابن، وأدّى الأب، وأشهد على الأداء[2]، وذكر الجواب على نحو ما ذكرنا.

٣٦٥٨- وفي "المنتقى" في موضع آخر: إذا لم يشهد عند النقد لا يرجع، وإنما لم يرجع بدون الشرط بحكم العرف والعادة، فإن العادة أن الآباء يتحمّلون المهر عن الأبناء الصغار، وهو نظير ما لو أنفق على ابنه الصغير في طعامه وكسوته من مال نفسه، فإنه لا يرجع في مال الصغير بذلك، إلا إذا شرط الرجوع [على وقت الإنفاق][3]، وإنما لا يرجع بحكم العرف والعادة، وهذا بخلاف ما لو اشترى لابنه الصغير شيئاً آخر سوى الطعام والكسوة، ونقد الثمن

---

(١) وفي "ظ": على الزوج.

(٢) وفي "م": عند الأداء.

(٣) أثبت من "ص" و"ظ".

من مال نفسه، فإنه يرجع على الصغير بذلك، وإن لم يشترط الرجوع؛ لأنه [لا][1] عرف أن الآباء يتحملون الثمن عن الأبناء.

٣٦٥٩- ولو كان مكان الأب وصي أو غيره من الأولياء، وضمن المهر عن الصغير، وأدى من ماله، رجع في مال الصغير وإن لم يشترط الرجوع؛ لأنه [لا][2] عرف في الأوصياء والأباعد من الأولياء أنهم يتحملون المهور عن الصغار، هذا إذا كان الضمان والأداء من الأب في حال الصحة.

٣٦٦٠- [فإن كان الضمان في حال الصحة][3]، والأداء في حال المرض، ذكر الخصاف رحمه الله تعالى في «أدب القاضي»: أنه لا يكون متبرعا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، ويحتسب ذلك من ميراث الابن، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: يكون متبرعًا، حتى لا يرجع هو ولا ورثته بعد موته على الابن بشيء، هذا إذا أدى الأب ذلك في صحته أو مرضه، فأما إذا لم يؤد الأب ذلك حتى مات الأب، فهذه صلة لم تتم للابن، ثم المرأة بالخيار إن شاءت أخذت الصداق من الزوج، وإن شاءت أخذت من تركة الأب. فإن أخذت من تركة الأب، يرجع سائر الورثة بذلك في نصيب[4] الابن، أو عليه إن كان قبض نصيبه، عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى.

في «شرح الكافي» في باب «نكاح الصغير والصغيرة»: وذكر الخصاف: أن على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: سائر الورثة لا يرجعون بذلك في نصيب الابن، ولا عليه إن كان قد قبض نصيبه، ووجه ذلك: أن هذا الضمان قد انعقد غير موجب للرجوع، ألا ترى أن الأب لو أدى ذلك في حياته وصحته، لا يرجع بذلك في مال الابن، فلا ينقلب موجبًا للرجوع بعد ذلك، وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا: إن حصل الأداء في مرض الموت أو بعد الموت، صار تبرعًا على وارث[5] في مرض الموت وبعد الموت، وكل ذلك باطل. ولا كذلك إذا حصل الأداء في حالة الصحة، وهكذا إذا حصل الضمان في حالة الصحة،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ و م و ف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ و م و ف.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ و م و ف.

(٤) وفي ف: في مال الابن أو هو عليه.

(٥) وفي م: والده.

وأما إذا حصل الضمان في مرض الموت فهو باطل ؛ لأنه قصد بهذا الضمان إيصال النفع إلى الوارث ، والمريض محجور عن ذلك ، فلا يصح . وكذلك كل ذي ضمن عن وارثه[1] ، أو لوارثه في مرض موته فهو باطل لما قلنا . وفي "الينابيع" : إذا قال الأب: أشهدوا أني زوّجت ابنتي فلانة بألف من مالي ، لم يلزمه إلا أن يؤدي ، فيكون صلة ، قال: فإنه عن أبي يوسف رحمه الله تعالى روايتان .

٣٦٦١- امرأة زوّجت ابنتها وهي صغيرة ، وقبضت صداقها ، ثم أدركت ، فإن كانت الأم وصيّتها فللابنة أن تطالب أمها بالصداق دون الزوج ، وإن لم تكن وصيّتها ، فلها أن تطالب زوجها ، والزوج يرجع على الأم ؛ لأنها قبضت ، وليس لها حق القبض . وكذا هذا الجواب في سائر الأولياء سوى الأب ، والجد أب الأب .

٣٦٦٢- ذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالى في الباب الأول من نكاح "واقعاته" : غير الأب والجد إذا زوّج الصغير أو الصغيرة ، فالاحتياط أن يعقد مرتين ، مرة بمهر مسمّى ، ومرة بغير تسمية ؛ لأمرين: أحدهما . أنه لو كان في التسمية نقصان لا يصحّ النكاح الأول ، ويصحّ النكاح الثاني بمهر المثل .

والثاني: أن الزوج لو كان حلف بطلاق امرأة يتزوّجها بلفظ "إن" أو بلفظ "كل امرأة يتزوّجها" ، ينعقد النكاح الثاني ويحلّ وطؤها ، وإن كان الأب أو الجد زوّجها ، فكذلك الجواب عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى للمعنيين جميعاً ، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى للمعنى الثاني في "فتاوى أبي الليث" .

(١) وفي م ، [illegible]: عن والده

الفصل الحادي عشر في نكاح الأبكار

٣٦٦٣- اعلم أنّ السكوت من البكر البالغة جعل رضى بالنكاح، سواء استأمرها الوليّ قبل النكاح، أو زوّجها الوليّ قبل الاستئمار، فبلغها الخبر فسكتت، فالأصل في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: «البكر تستأمر في نفسها وسكوتها رضاها»[١]، والحكمة في ذلك صيانة مصلحة النكاح عن الفوات في حق الأبكار، وهذا لأنّ النكاح لا ينعقد[٢] على البكر البالغة إلا برضاها، إنما يعرف من جهتها، وهي تستحيي من الرضا صريحًا، لما فيه من إظهار الرغبة في الرجال، لو لم يكتف بجواز النكاح بسكوتها، فاتت مصالح النكاح، وإنما جاز السكوت من البكر البالغة إذنًا إذا كان المستأمر وليًا [أما إذا لم يكن المستأمر وليًا][٣]، أو كان وليًا إلا أنّ هناك وليّ آخر أقرب إلى المرأة من هذا الوليّ المستأمر، فالسكوت لا يكون إذنًا في حق الوليّ المستأمر، إلا إذا كان المستأمر رسول الوليّ.

٣٦٦٤- وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى: أنّ المستأمر أو المخبر بالنكاح إذا لم يكن وليًا، ولم يكن رسول الوليّ فسكتت، كان سكوتها رضى في ظاهر الرواية، وذكر الكرخي: أنه لا يكون رضى.

٣٦٦٥- في "البقالي": وأكثر المتأخرين[٤] رحمهم الله تعالى على أنّ الرسول كالوليّ، وقيل: عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافه في النوادر، وهو ظاهر قول الكرخي، وقيل في الرسول بعد النكاح: إنه كالولي، وفي "مجموع النوازل": أنّ المخبر بالنكاح إذا كان أجنبيًا فسكتت، هل يكون رضى؟ فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى، والمختار أنه رضى. وفي فتاوى شمس الأئمة السرخسي وشمس الإسلام الأوزجندي رحمهما الله تعالى: أنه لا يكون رضى، وهذا إذا سمي الزوج عندها تسمية يقع لها المعرفة بها، وكان الزوج كفوًا، والمهر وافرًا.

---

(١) قال الزيلعي في "نصب الراية" (٣/٢٤٣): غريب بهذا اللفظ. وروى الأئمة الستة من حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن».

(٢) وفي نسخة ظ: لا ينفذ.

(٣) أثبت من ظ، ز، ب، و، ف.

(٤) وفي نسخة: إفتاء المتأخرين.

٣٦٦٦- وأما إذا أبهم الزوج، لم يكن السكوت رضى، وكذلك إذا سمى الزوج، وسمى المهر، والزوج ليس بكفؤ، والمهر ليس بوافر، أو كان المهر وافرا إلا أن الزوج ليس بكفؤ، فالسكوت لا يكون رضى في حق جميع الأولياء إلا في حق الأب والجد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأنهما وليان في ذلك عنده، أجنبيان عندهما، والمسألة معروفة.

وقال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى: إذا كان المخبر بالنكاح أجنبيًا ليس بولي، ولا رسول عنه، فإن كان المخبر رجلين عدلين، أو غير عدلين، أو كان رجلا واحدا عدلا، يثبت النكاح، حتى لو سكتت، ولم ترد يلزمها النكاح. وإن كان المخبر رجلا واحدا غير عدل، فإن صدقته في ذلك ثبت النكاح، وإن كذبته لا يثبت، وإن ظهر صدق المخبر عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما يثبت النكاح إذا ظهر صدق المخبر.

في "فتاوى أبي الليث" رحمه الله تعالى: البكر البالغة إذا استأمرها أبوها في التزويج فسكتت، فزوجها أبوها، ثم قالت: لا أرضى، ينظر إن كان الأب وقت الاستئمار لم يذكر من يزوجها، ولم يذكر أنه بكم يزوجها، لا ينعقد النكاح، ولها أن ترده، وإن كان الأب ذكر الزوج والمهر جميعًا، نفذ النكاح ولا يصح الرد، وإن كان ذكر الزوج ولم يذكر المهر، فإن وجبها نفذ النكاح بمهر المثل، وإن زوجها بمهر مسمى لا ينعقد النكاح؛ لأنه إذا وجبها فتمام العقد انعقد بالزوج، والمرأة عالمة بالزوج فتم الرضا بهذا العقد [وإذا زوجها بمهر مسمى، فتمام العقد بالزوج وبذكر البدل، وهي غير عالمة بالبدل، فلا يتم الرضا بهذا العقد][1].

٣٦٦٧- قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرح "كتاب النكاح": إن اشتراط المهر عند الاستئمار قول المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله تعالى؛ لأن رغبتها تختلف باختلاف الصداق في القلة والكثرة، فأما على ما عليه إشارات محمد في "كتاب النكاح"، فتسمية المهر عند الاستئمار ليس بشرط، وإنما الشرط تسمية الزوج، فعلى ما عليه إشارات محمد رحمه الله تعالى: ينفذ نكاح الأب في هذا الوجه وإن كان بمهر مسمى، وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى في شرحه: أنه إذا لم يسم لها الزوج أو المهر فسكتت، ففيه اختلاف المتأخرين رحمهم الله تعالى، منهم من رآه رضى، ومنهم من أبى مطلقًا من غير فصل بينما إذا وجبها، أو زوجها بمهر مسمى، هذا إذا أخبرها بالنكاح قبل العقد، أما إذا أخبرها به بعد العقد فسكتت، فقيما إذا لم يذكر الزوج والمهر، قال الفقيه أبو نصر رحمه الله تعالى.

(١) اثبت من "ظ" و"ب".

ينفذ، هو فرق بين الماضي وبين المستقبل، وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: لا ينفذ، قال الصدر الشهيد: وهو الصحيح وعليه الفتوى، وفيما إذا ذكر الزوج [والمهر ينفذ، وفيما إذا ذكر الزوج][1] ولم يذكر المهر، فالمسألة على التفصيل الذي ذكرنا، وهو اختيار الصدر الكبير برهان الأئمة -تغمده الله سبحانه وتعالى بالرحمة والرضوان-

٣٦٦٨- قال شيخ الإسلام المعروف بـ "خواهر زاده": إن أصحابنا رحمهم الله تعالى جعلوا السكوت رضى في مسائل معدودة: أحدها، في البكر إذا استأمرها الولي في التزويج.

٣٦٦٩- والثانية: إذا قبض الأب أو الجد مهر البكر البالغة فسكتت، كان سكوتها رضى حتى يبرأ الزوج، ولو قبض المهر غير الأب و الجد فسكتت، أو قبض الأب والجد سائر ديونها فسكتت، لا يكون سكوتها رضى.

٣٦٧٠- الثالثة: إذا سكت الشفيع بعد ما علم بالبيع ساعة، بطلت شفعته [كما لو سلّم الشفعة][2].

٣٦٧١- الرابعة: إذا تواضعا في السر أن يظهر البيع تلجئة، ثم قال أحدهما علانية بحضر من صاحبه: قد بدا لي أن أجعله بيعًا صحيحًا، فسكت صاحبه ولم يقل شيئًا، ثم تبايعا كان البيع جائزًا.

٣٦٧٢- الخامسة: عبد أسره المشركون، فوقع بعد ذلك في غنيمة المسلمين، فوقع في قسمة واحد من الغانمين، فباعه الذي وقع في سهمه، ومولاه الأول حاضر عند البيع فسكت، لا سبيل له على أخذ العبد بعد ذلك.

٣٦٧٣- السادسة: إذا قبض المشتري المبيع قبل نقد الثمن والبائع يراه، فسكت ولم يمنعه من القبض، بطل حقه في الحبس، ذكره الطحاوي رحمه الله تعالى في باب المأذون، وهو مخالف لما ذكره محمد رحمه الله تعالى في "كتاب الإكراه".

٣٦٧٤- السابعة: مجهول النسب إذا بيع وهو ساكت، كان ذلك منه إقرارًا بالرق، ذكر في "كتاب الإقرار": زاد الطحاوي: وقيل له بعد البيع: قُم مع مولاك، فقام فذلك منه إقرار بالرق.

٣٦٧٥- الثامنة: إذا رأى المولى عبده يبيع ويشتري فسكت، صار العبد مأذونًا له في

---

(١) أثبت من "ب".

(٢) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من "ظ" و "م" و "ف".

الشجارة. قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى في شرح نكاحه: وكذلك الولي إذا رأى الصبي المحجور يبيع ويشتري، للتجار والتكثير فسكت، جعل فكًّا للحجر.

٣٦٧٦- التاسعة: وهب لرجل جارية والجارية حاضرة، فقبلها وقبضها في المجلس بحضر من الواهب، ولم يأذن له الواهب بالقبض، ولم ينهه عنه بل هو ساكت [فإنه يثبت الإذن بالقبض استحسانًا][1]، ويثبت الملك للموهوب له. ولو قام الواهب عن المجلس قبل قبض الموهوب له، لم يصح قبضه حتى يأمره بذلك.

٣٦٧٧- العاشرة: إذا باع بيعًا فاسدًا، والبيع حاضر عند العقد، فقبضه المشتري بحضرة البائع، ولم يمنعه من قبضه وسكت، كان إذنًا له بالقبض حتى يملكه المشتري، دفع الثمن أو لم يدفع.

٣٦٧٨- الحادية عشرة: إذا قال: والله لا أُسكن فلانًا في داري، أو قال: والله لا أتركه في داري، وفلان في دار الحالف بعد اليمين، ولم يقل: أخرج منها، حنث. ولو قال: أخرج منها، فأبى أن يخرج، فسكت عنه لا يحنث في يمينه.

٣٦٧٩- الثانية عشرة: إذا كان الخيار للمشتري، فرأى عبده الذي اشتراه يبيع ويشتري فسكت، فهو اختيار للبيع وإبطال لخياره، ولو كان الخيار للبائع لا يكون إبطالًا لخياره.

٣٦٨٠- الثالثة عشرة: إذا سكت عن نفي الولد حتى مضى على ذلك يومين، لزمه الولد في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالى: إذا هنّئ بالولد فسكت، لزمه الولد.

٣٦٨١- وزاد شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى على هذه المسائل ما إذا قال لغيره: بع عبدي، فلم يقبل ولم يردّ، بل سكت ثم قام وباع، جعل بائعًا بتوكيله، وجعل السكوت منه قبول الوكالة، وكذلك من رأى غيره يشق زقّه، فسكت حتى سال ما فيه، لم يضمن الشاقّ ما سال منه، ويحتج على صاحب الزقّ بسكوته.

وههنا مسألة أخرى من هذا الجنس:

٣٦٨٢- أنّ غير الأب والجدّ إذا زوّج الصغيرة، فبلغت وهي بكر، فسكتت ساعة، بطل خيارها، وجعل سكوتها بمنزلة الرضى صريحًا، ولو ضحكت البكر عند الاستئمار، أو

---

[1] أثبت من النسخ الموجودة عندنا.

بعد ما بلغها الخبر فهو رضى، هكذا ذكر القدوري وشيخ الإسلام رحمهما الله تعالى. وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى: أنها إذا ضحكت كالمستهزأة لما سمعت لا يكون رضى، وإن تبسّمت فهو رضى، هو الصحيح من المذهب ذكره شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى.

٣٦٨٣- ولو بكت ذكر هشام في "نوادره": أنه يكون رضى، وذكر المعلى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه لا يكون رضى، وذكر القدوري في شرحه: أنّ عن أبي يوسف فيه روايتين: في رواية: لا يكون رضى، وهو قول محمد رحمه الله تعالى. ومن المشايخ من قال: إن كان البكاء عن سكوت وقرار فهو رضى، وإن كان عن صياح وكلم وجه فهو ردّ، ومنهم من قال: إن كان الدمع حاراً فهو ردّ، وإن كان بارداً، فهو رضى.

٣٦٨٤- وإذا زوّج البكر وليّان، كل واحد منهما من رجل، وهما في الدرجة على السواء، فبلغها العقد فأجازتهما، بطلا ولو سكتت. ذكر القدوري في شرحه: أنّ عن محمد رحمه الله تعالى في هذا روايتين: في رواية سكوتها بمنزلة رضاها بالعقدين فبطلا، وفي رواية هو ليس بردّ ولا إجازة، والأمر موقوف.

٣٦٨٥- وإذا زوّج البالغة أبوها من رجل، وأخوها بعد ذلك من رجل آخر، فأجازت نكاح الآخر كان جائزاً، وبطل نكاح الأب؛ لأنّ النكاح لا ينفذ على البالغة من غير رضاها، فيتوقف النكاح على إجازتها، فإذا أجازت نكاح الأخ، وجد شرط النفاذ في هذا النكاح فينفذ، ومن ضرورته بطلان الآخر، ويكون هذا نكاحًا حاصلا بلا ولي؛ لأنّ الأخ مع الأب ليس بوليّ، فيكون على الاختلاف على ما مرّ.

٣٦٨٦- وفي "فتاوى الفضلي": صغيرة زوّجها عمّها لأبيها، ثم زوّجها عمّها لأبيها وأمّها، فبلغت وأجازت نكاح العم لأب، قال: بطل نكاح العم لأب، ولا يبطل نكاح العم لأب وأم بردّها، حتى يفرّق القاضي بينهما؛ لأنّ نكاح العم لأب موقوف على إجازة العم لأب وأمّ، ونكاح العم لأب وأمّ نافذ، فقد نفذ، لكن لها حق فسخه، والفسخ لا يكون إلا عند القاضي، ولم يوجد، والبات متى ورد على الموقوف أبطله.

٣٦٨٧- البكر إذا بلغها الخبر فقالت: لا أرضى، ثم قالت: قد رضيت، فلا نكاح بينهما؛ لأنّ النكاح قد بطل بردّها، والرضا صادف عقداً مفسوخاً، وعن هذا استحسن المشايخ رحمهم الله تعالى تجديد العقد عند الزفاف؛ لأنّ البكر في الصورة الأولى تظهر الردّ، وغير ذلك لا يظهر منها، ولو لا جدّد العقد لكانت ردّاً إلى أجنبي.

٣٦٨٨- في «المنتقى»: ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: إذا قال الرجل لابنته الكبرى وهي بكر: إنّ فلاناً وفلاناً خطباك إليّ، وأنا مزوّجك، أو لم يقل: وأنا مزوّجك، فسكتت، فله أن يزوّجها أيهما شاء.

٣٦٨٩- وكذلك إذا قال لها: إنّ بني فلان يخطبونك، وهم يحصون [ويعرفون، ولم تكن قبيلة ولا فخذاً](1)، وكذلك إذا قال: جيراني يخطبونك وهم يحصون](2)، ولو قال: إنّ بني تميم يخطبونك، أو أصحاب فلان يخطبونك وهم لا يحصون، لم يكن سكوتها عند هذا الذكر رضى. قال الحاكم الشهيد أبو الفضل: وهكذا روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى في المسألتين [جميعاً](3).

٣٦٩٠- المعلى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: في بكر كبيرة استأذنها وليّها أن يزوّجها فسكتت، ولم يخبرها عن يزوّجها، ثم زوّجها من نفسه، فذلك جائز. ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: في رجل وكّل رجلاً أن يزوّج ابنته الكبيرة، فزوّجها، فلم يبلغها حتى زوّجها الأب من آخر، ثم بلغها، فلها أن تجيز نكاح أيهما شاءت.

٣٦٩١- رجل خطب امرأة من أبيها وهي بكر، فقال الأب: مرا كد خداي بسر است هرچه وى كرد رواست، فزوّج الابن أخته من رجل، فبلغها فسكتت، ثم زوّجها أبوها من آخر، فبلغها وسكتت، يجوز نكاح الأب، ولا يجوز نكاح الأخ، ولم يجعل سكوتها في نكاح الأخ إجازة؛ لأنّ السكوت إنما يجعله إجازة لنكاح الولي، لا لنكاح غير الولي، والأخ مع الأب ليس بولي، هكذا ذكر في «فتاوى أهل سمرقند»، وفيه نظر: ينبغي أن يجوز نكاح الأخ، ولا يجوز نكاح الأب؛ لأنّ الابن وكيل من الأب في هذا العقد، قائم مقام الأب، وكأنّ الأب باشره بنفسه، فيجعل سكوتها رضى به.

٣٦٩٢- قال محمد رحمه الله تعالى في «الأصل»: إذا قالت البكر: لم أرض بالنكاح حين بلغني، وادّعى الزوج رضاها، فالقول قولها عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى؛ لأنها تنكر تملّك بضعها، وبمثله وقع الاختلاف في خيار البلوغ، فقالت المرأة: اخترت نفسي،

...

(1) هكذا في الأصل، وهو غير واضح.

(2) أثبتناه من ظ، وم، ور، وف.

(3) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ، ر، وف.

وردت النكاح كما بلغت. فقال الزوج: لا، بل سكتت، وسقط خيارها، فالقول قولها[1]. فإن أقام الزوج بينة على سكوتها حين بلغها الخبر، فهي امرأته، وإلا فلا نكاح بينهما، ولا يمين عليها في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما عليها اليمين، وإذا نكلت يقضى عليها بالنكول، وإن أقام الزوج بينة على سكوتها حين بلغها الخبر، وأقامت هي على الرد، فبينتها أولى.

3693- قال البقالي: وقد روي أنه إذا كان بحضرتها قوم حين بلغها الخبر، فلم يسمعوا أنها تكلمت، لم يصدق على ذلك، وكان تمكينها إياه من الدخول بها رضا منها، إلا إذا دخل بها وهي مكرهة، بحيث لا يدل على الرضى، فإن أقامت بينة على الرد في هذه الصورة، ذكر في «فتاوى الفضلي»: تقبل بينتها، قيل: والصحيح أنه لا تقبل بينتها؛ لأن التمكين منها في معنى الإقرار بالرضى، ولو أقرت بالرضى، ثم ادعت الرد، لا يصح دعواها، ولا تقبل بينتها لمكان التناقض، كذا هنا.

3694- وذكر الخصاف في «أدب القاضي» في النفقة[2]: إذا زوج ابنته البكر البالغة، ثم خاصمت مع الزوج، فقال الزوج: بلغك الخبر فسكتِّ، فقالت: بلغني الخبر فرددت، فالقول قولها بمثله. ولو قالت: بلغني الخبر يوم كذا فرددت، أو قالت: رددت يوم كذا فرددت، أو قالت: علمت يوم كذا فرددت، وقال الزوج: لا، بل سكتِّ، فالقول قول الزوج. وفي «المنتقى»: هشام قال: سألت محمداً رحمه الله تعالى عن بكر زوجها وليها، فقالت بعد سنة: قد كان بلغني النكاح يوم زوجني فلم أسكت، وقلت: لا أرضى، وادعى الزوج أنها كانت رضيت، فالقول قول المرأة. وهذا بخلاف ما ذكر الخصاف رحمه الله تعالى.

ومن جنس هذه المسائل:

3695- روى ابن سماعة في «نوادره» عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: امرأة خاصمت زوجها، فزعمت أن أخاها زوجها وهي صغيرة، فبنى بها أي دخل بها وهي صغيرة لا رغبة لها، فجاءت تخاصمه وتريد فراقه، وقالت: أدركت اليوم، وقال الزوج: بنيت بها ووطئتها وهي كبيرة قد أدركت، فالقول قول الزوج.

(1) وفي ص و ب: فالقول قول الزوج؛ لأنه ينكر زوال الملك عن نفسها.

(2) وفي ف و م: في باب النفقة.

٣٦٩٦- وعنه أيضاً برواية ابن سماعة في رجل زوّج ابنته كبيرة بغير أمرها، فمات زوجها، فجاءت تطلب الميراث، وقالت: قد كنت أجزت النكاح، لم تصدّق إلا ببيّنة، وإن قالت: زوّجني بأمري، فالقول قولها. وعنه أيضاً برواية خالد بن صبيح رحمه الله تعالى: رجل زوّج أخته وهي كبيرة، وهو وليّها، فقال الزوج بعد ذلك للمرأة: أنت قد علمت وما رضيت، وقالت المرأة: لا بل أجزت ورضيت، لا تكون هذه المقالة من الزوج فرقة، وهي امرأته، والقول قولها. وكذلك لو قال الزوج: لم تعلمي، وقالت المرأة: لا بل علمت وأجزت، فالقول قولها.

٣٦٩٧- ولو مات الزوج [قبل](1) هذه المقالة، فقال الورثة وهم كبار: قد علمت وما رضيت، وقالت المرأة: لا بل رضيت، فالقول قولها، وهذه الرواية بخلاف رواية ابن سماعة، وبخلاف رواية فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى، فالمذكور في الفتاوى في هذه الصورة: أن القول قول ورثة الزوج، ولا مهر لها، ولا ميراث، وإن كانت الورثة قالوا للمرأة بعد موت الزوج: لم تعلمي، لم ترث حتى تقيم البيّنة على سكوتها بعد ما علمت في حياته إن كانت بكراً، أو على رضاها إن كانت ثيّباً، هكذا رواه خالد. وإن كانت المرأة لم تقل: بلغني النكاح وأجزت، ولكن قالت: زوّجني أخي بأمري فرضيت(2)، فلها المهر والميراث، وعليها العدة.

٣٦٩٨- ولو كانت هي الميتة، وكان الطالب للميراث هو الزوج، والأخ للزوجة هو الوارث، فقال الأخ: لم تكن أمرتني، ولم تعلم حتى ماتت، فادّعى الزوج رضاها بهذا النكاح، أو أنها أمرته بذلك، فعلى الزوج البيّنة على ذلك، والله أعلم.

(1) هكذا في ظ و م و ب و ف، وكان في الأصل: بعد هذه المقالة.

(2) وفي ب و م: صدقت.

الفصل الثاني عشر
في النكاح بالكتاب والرسالة، وفي النكاح مع الغائب

٣٦٩٩- قال محمد رحمه الله تعالى في «الأصل»: إذا كتب إليها يخطبها، فزوجت نفسها منه كان صحيحاً، والأصل في ذلك أن الكتاب من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر، وقد صح أن رسول الله ﷺ كتب إلى النجاشي يخطب أم حبيبة(١) فزوجها النجاشي منه، إلا أن الكتاب من الغائب مع الخطاب من الحاضر يفترقان من وجه، فإن الحاضر إذا خطبها، فلم تجبه في مجلس الخطاب، وإنما أجابته في مجلس آخر لا يصح النكاح، وإذا بلغها الكتاب، وقرأت الكتاب، ولم تزوج نفسها منه في ذلك المجلس، وإنما زوجت نفسها منه في مجلس آخر بين يدي الشهود، وقد سمع الشهود كلامها وما في الكتاب، يجوز النكاح.

٣٧٠٠- وإذا بلغها الكتاب فقالت: زوجت نفسي من فلان، ولم تقل ذلك بحضرة من الشهود، لا ينعقد النكاح عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وإن بلغه الخبر وأجاز؛ لأن سماع الشهود كلام المتعاقدين شرط انعقاد النكاح، والشهود إن سمعوا كلامها لم يسمعوا كلام الزوج، ولو قرأت الكتاب على الشهود، أو قالت: إن فلاناً كتب إلي يخطبني، فاشهدوا أني قد زوجت نفسي منه، يصح [النكاح](٢)؛ لأن الشهود سمعوا كلامها بإيجاب العقد، وسمعوا كلام الخاطب بإسماعها إياهم، إما بقراءة الكتاب، أو العبارة عنه، وإن جاء الزوج بالكتاب مختوماً، وقال: هذا كتابي إلى فلانة، فاشهدوا عليه، لا يصح في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى حتى يقرأ عليهم الكتاب، أو يعلمهم بما في الكتاب، خلافاً لأبي يوسف رحمه الله تعالى، وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا جحد الزوج الكتاب، فشهدوا أن هذا كتابه إلى فلانة، ولم يشهدوا بما في الكتاب، لا تقبل الشهادة عندهما، ولا يقضى بالنكاح.

٣٧٠١- وإذا أرسل إليها رسولاً فالحر، والعبد، والصغير، والكبير، والعدل، والفاسق

---

(١) أرسل رسول الله ﷺ عمرو بن أمية إلى النجاشي بكتابين أحدهما: يدعوه فيه إلى الإسلام، والثاني: يطلب منه تزويجه بأم حبيبة. فأخذ الكتاب ووضعه على عينيه وأسلم، وزوجه أم حبيبة بنت أبي سفيان، كذا في «صحيح البخاري»، وفي «مسند أحمد»: أن حبيبة كانت تحت عبيد الله بن جحش وكان رحل إلى النجاشي فمات.

(٢) هكذا في «م» و«ب»، وفي الأصل: الكتاب.

في ذلك على السواء؛ لأنّ الرسالة تبليغ عبارة المرسل إلى المرسَل إليه، والكل واحد من هؤلاء عبارة مفهومة، فيصح تبليغ الرسالة منهم، فإذا بلغ الرسالة وقال: إنّ فلانًا يسألك أن تزوّجي نفسك منه، فأشهدت أنها قد زوّجت نفسها، كان ذلك جائزًا إذا أقر الزوج بالرسالة، أو أقامت عليه بيّنة أنّ الرسول بلّغها عبارة المرسل، فكأن المرسل حضر بنفسه، وخطبها بين يدي الشهود. وإن كان الرسول قد خطبها، وضمن لها المهر، وقال: أمرني بذلك، فزوّجت نفسها، ثم حضر الزوج، وصدّق الرسول في الرسالة والأمر بالضمان، صحّ النكاح، وصحّ الضمان إذا كان الرسول من أهل الضمان، وإذا أدّى الضمان رجع بذلك على الزوج، وإن كذّبه في الأمر بالضمان، وصدّقه في الرسالة، صحّ النكاح، وصحّ[1] الضمان فيما بين المرأة والرسول، لا في حق المرسل، حتى كان للمرأة أن ترجع على الرسول [بالصداق، ولا يرجع الرسول][2] على الزوج بما أدّى في ذلك، وإن كذّبه في الرسالة والأمر بالضمان، ولا بيّنة له على ذلك، فالنكاح باطل، ولا مهر على الزوج، ولها أن تطالب الرسول بالمهر؛ لأنّ في زعمها أنّ النكاح صحيح، وأنّ الضمان صحيح.

بعد هذا اختلف الروايات، ذكر في كتاب النكاح الأصل : وفي بعض روايات كتاب الوكالة : أنّ المرأة تطالب الرسول بنصف الصّداق، وذكر في بعض روايات كتاب الوكالة أنها تطالب الرسول بجميع المهر، فقيل: في المسألة روايتان، وقيل: اختلاف الجواب لاختلاف الموضوع، وهو الصحيح. وقد ذكرنا في فصل الوكالة. وإن قال الرسول: لم يأمرني فلان ولكني أزوّجه، وأضمن عنه المهر ففعل، ثم أجاز الزوج النكاح جاز عليه، ولزم الرسول الضمان، وإن أبى الزوج أن يجيز النكاح، لم يكن على الرسول شيء من الضمان؛ لأنّ أصل السبب قد انتفى بردّ الزوج النكاح، فينتفي حكمه وهو وجوب الصّداق، وبراءة الأصيل حقيقة يوجب براءة الكفيل. وإذا عقد النكاح واحد، وهو وليّ من الجانبين بولاية أصلية نحو الملك، أو القرابة، أو بولاية عارضة نحو الوكالة، صحّ العقد.

٣٧٠٢ - بيان الأول : إذا زوّج بنت أخيه الصغيرة من ابن أخيه الصغير، وليس لهما وليّ أقرب منه، أو زوّج بنت عمه وهي صغيرة من نفسه، لا وليّ لها منه أقرب، أو كانت بنت العم الكبيرة، وقال لها: إني أريد أن أزوّجك من نفسي، فسكتت وهي بكر، فذهب وتزوّجها.

---

(١) أثبت من ب و م و ظ.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

٣٧٠٣ - بيان الثاني: إذا وكله رجل أن يزوجه فلانة، ووكلته فلانة أن يزوجها من ذلك الرجل، أو وكلت امرأة رجلاً أن يزوجها من نفسه، فتزوجها.

٣٧٠٤ - ولا يتوقف شطر العقد على ما وراء المجلس عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، خلافاً لأبي يوسف، حتى لو أن فضولياً قال: زوجت فلاناً من فلانة، وهما غائبان، ولم يقبل عنهما أحد، أو قالت امرأة: زوجت نفسي من فلان الغائب، ولم يقبل عنها أحد، أو قال رجل: تزوجت فلانة وهي غائبة، ولم يجب عنها أحد، فعلى قولهما: لا يتوقف هذا على إجازة الغائب، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: يتوقف، وكذلك إذا كان فضولياً من أحد الجانبين، ووكيلاً من الجانب الآخر، ففي توقف كلامه اختلاف.

٣٧٠٥ - ولو قال فضولي: زوجت فلانة من فلان، وقبل عن فلان فضولي آخر، أو قال رجل: تزوجت فلانة، فقال رجل فضولي: زوجتها منك، أو قالت امرأة: زوجت نفسي من فلان، فقال فضولي: قبلت عنه، ففي هذه المسألة توقف العقد على الإجازة بالاتفاق، هذا هو الكلام في النكاح.

واتفق علماؤنا رحمهم الله تعالى أن شطر العقد في باب البيع لا يتوقف على ما وراء المجلس، حتى إذا قال الرجل لقوم: اشهدوا أني قد بعت عبدي فلاناً من فلان، فسمع ذلك فلان فقبل، فلما أخبر به لم يجز بالاتفاق. قال محمد رحمه الله تعالى: ولو كتب إلى رجل: بعني عبدك بكذا، فقال: بعته، كان جائزاً. قال شيخ الإسلام: وهذا لا يكاد يصح؛ لأن الحاضر لو قال لغيره: بعني عبدك بكذا، فقال: بعت، لا يتم البيع ما لم يقل: قبلت، فكذا إذا كتب فلا بد من زيادة شيء، وذلك أن يكتب: قد اشتريت عبدك بكذا، فبعه مني، فإذا قال الآخر: بعت، فحينئذ يتم البيع بينهما، كما لو كان حاضراً. وذكر شمس الأئمة السرخسي وجه تصحيح ما ذكر محمد رحمه الله تعالى: أن قول الحاضر: بعني، يكون استياماً عنده، ومن الغائب إذا كتب يكون أحد شطري العقد عنده، فإذا انضم إليه الشطر الثاني تم البيع

والله أعلم.

الفصل الثالث عشر في أسباب حرمة المصاهرة[1]

٣٧٠٦- فنقول: أسباب التحريم كثيرة، من جملة ذلك النسب، ومسائله معروفة. ومن جملة ذلك المصاهرة، قال محمد رحمه الله تعالى في "الأصل": إذا وطئ الرجل امرأته بنكاح، أو ملك، أو فجور، حرم عليه أمها وابنتها، هو محرم لهما؛ لأنه لا يجوز نكاحهما. وحرمت على آبائه وأبنائه، وكما تثبت هذه الحرمة [بالوطء، تثبت بالمس، والتقبيل، والنظر إلى الفرج بشهوة، سواء كان بنكاح، أو ملك، أو فجور عندنا إذا كان للمحل مشتهاة، ولا تثبت هذه الحرمة][2] بالنظر إلى سائر الأعضاء، وإن كان عن شهوة، وحدّ الشهوة أن يتنشر آلته بالنظر إلى الفرج أو اللمس، إذا لم يكن منتشراً قبل هذا، وإذا كان منتشراً، فإن كان يزداد قوة وشدة بالنظر واللمس، كان ذلك عن شهوة، وما لا فلا، وهذا إذا كان شاباً قادراً على الجماع، فإن كان شيخاً أو عنيناً، فحدّ الشهوة أن يتحرك قلبه بالاشتهاء إن لم يكن يتحرك قبل ذلك، ويزداد الاشتهاء إن كان متحركاً، فهذا هو حدّ الشهوة الذي حكاه القمي عن أصحابنا، وإليه مال الشيخ الإمام المعروف بـ"خواهر زاده"، وشمس الأئمة السرخسي، وكثير من المشايخ رحمهم الله تعالى لم يشترطوا الانتشار، وجعلوا حدّ الشهوة أن يميل قلبه إليها، ويشتهي جماعها، وكان الفقيه محمد ابن مقاتل الرازي رحمه الله تعالى لا يعتبر تحرك [القلب، وإنما يعتبر تحرك][3] الآلة، وكان لا يفتي بثبوت الحرمة في الشيخ الكبير، والعنين، والذي ماتت شهوته، حتى لم يتحرك عضوه بالملامسة. وروى ابن رستم عن محمد رحمه الله تعالى: أنه إذا لمسها بشهوة، فلم ينتشر عضوه، أو كان منتشراً، فلم يزدد انتشاره حتى تركها، ثم ازداد انتشاره بعد ذلك، لا تثبت به الحرمة [وإنما تثبت الحرمة][4] إذا انتشر بالمس، وهو بعد لامسها، أو يزداد انتشاره وهو لامسها بعد.

---

(١) وفي "م": في سبب التحريم في النكاح، وفي حاشية "ظ": في باب بيان أسباب التحريم من المصاهرة والرضاع وغيرهما، في أسباب حرمة المصاهرة.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

(٣) أثبت من "ظ" و"ف" و"م".

(٤) أثبت من "ظ" و"ف" و"م".

جثتنا إلى حد المشتهاة.

٣٧٠٧- حكي عن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى: أنها إذا كانت بنت تسع سنين أو أكثر، فهي مشتهاة من غير فصل، وإن كانت بنت خمس سنين أو دونه لم تكن مشتهاة، وإن كانت بنت سبع سنين، أو ست سنين، أو ثمان سنين، ينتظر إن كانت عبلة ضخمة كانت مشتهاة، وما لا فلا. قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى في "عيون المسائل": المشايخ شكوا في الثمان، والسبع، والغالب أنها لا تشتهى ما لم تبلغ تسع سنين.

قال الصدر الشهيد في شرح "كتاب النفقات": وعليه الفتوى، وحكي عن الشيخ الإمام أبي بكر الزاهد: أنه كان يقول: ينبغي للمفتي أن يفتي في السبع والثمان، أنها لا تحرم إلا إذا بلغ السائل أنها عبلة ضخمة جسيمة، فحينئذ يفتي بالحرمة. وفي "البقالي" عن محمد رحمه الله تعالى في النظر في بنت ثمان أو تسع: إذا كانت ضخمة سمينة أنه تثبت به الحرمة، وإن لم تكن بهذه الصفة، قال: ثنتي عشرة، وكذا قيل في وطء الصبي إن كان تشتهي النساء من مثله به.

وقيل: إن يطأ مثله ويشتهي، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا كانت الصغيرة بنت خمس وتشتهي[1] مثلها، فهي مشتهاة ولا توقيت فيه، رواه عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

٣٧٠٨- وإذا جامعها فلم يفضها، فهي ممن يجامع مثلها، وإذا أفضاها لم تثبت به الحرمة خلافًا لأبي يوسف استحسانًا، وقال محمد رحمه الله تعالى: وربما أفضيت التي يوطأ مثلها، وأطلق أبو يوسف رحمه الله تعالى في رواية ابن سماعة في بنت سبع وخمسة أشهر[2] وطئها فيما دون الفرج [بشهوة][3] وماتت، ولا يدري من كان يشتهي مثلها في حسنها وجمالها؟ لم يحل له الأم.

٣٧٠٩- وفي "الفتاوى" سئل الفقيه أبو بكر عمن قبل امرأة ابنه، وهي بنت خمس سنين، أو ست سنين عن شهوة؟ قال: لا تحرم على ابنه؛ لأنها غير مشتهاة، وإن اشتهاها هذا فلا ينظر إلى ذلك، قيل له: فإن كبرت حتى خرجت عن حد الاشتهاء، والمسألة بحالها؟ قال: تحرم؛ لأن الكبيرة دخلت تحت الحرمة، فلا تخرج إذا كبرت، ولا كذلك الصغيرة.

---

(١) وفي "ف" و "م": وقيل: إن وطئ مثله ويشتهي.

(٢) هكذا في الأصل و "ط"، وفي التاتارخانية: بنت سبع أو خمس من غير ذكر شهور.

(٣) أثبت من "ف" و "ط" و "م".

٣٧١٠ - وسئل ابن سلمة رحمه الله تعالى عن امرأة أدخلت ذكر صبي في فرجها، والصبي ليس من أهل الجماع؟ قال: تثبت به حرمة المصاهرة.

٣٧١١ - قال أصحابنا رحمهم الله تعالى - وتثبت الحرمة بالتقبيل، والمس، والنظر إلى الفرج بشهوة في جميع النساء الربيبة، وغيرها في ذلك على السواء بخلاف العقد، ثم المس إنما يوجب حرمة المصاهرة إذا لم يكن بينهما ثوب، أما إذا كان بينهما ثوب، فإن كان [ثخينًا][1] لا يجد حرارة الممسوس، لا تثبت حرمة المصاهرة وإن انتشرت آلته بذلك، وإن كان رقيقًا بحيث تصل حرارة الممسوس إلى يده، تثبت حرمة المصاهرة، وفي طلاق "المنتقى": الحسين بن زياد عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا لمس الرجل شيئًا من جسد أم امرأته من فوق الثياب عن شهوة، فإن كان يجد من جسدها[2] حرارة حرمت عليه امرأته، وكذلك إذا مس رجلها فوق الخف، أو ساق الخف، أو أسفل الخف.

٣٧١٢ - فيه أيضًا: المعلى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا قبّل الرجل المرأة وبينهما ثوب، فإن كان يجد برد الثنايا، أو برد الشفة، فهو تقبيل ولمس، ويعتبر في النظر النظر إلى داخل الفرج، وذلك إنما يكون إذا كانت متكئة، أما إذا كانت قاعدة مستوية، أو قائمة لا تثبت حرمة المصاهرة. قال شيخ الإسلام خواهر زاده: وهو الصحيح، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى في رواية ابن سماعة: النظر إلى المدخل والراكب سواء، ويحرم بذلك أمّها إذا كان بشهوة. وروى إبراهيم[3] عن محمد رحمه الله تعالى: أن النظر إلى موضع الجماع من الدبر في حرمة المصاهرة نظير النظر إلى الفرج، ثم رجع، وقال: لا يحرم إلا النظر إلى الفرج من داخل.

٣٧١٣ - وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أن النظر إلى دُبر المرأة لا يوجب حرمة المصاهرة، وهكذا ذكر محمد في "الزيادات" في باب إتيان المرأة في غير الفرج، وإنما وقع الفرق [بين النظر إلى موضع الجماع من الدبر، وبين النظر إلى موضع الجماع من القُبل]؛ لأن النظر إلى القُبل سبب يفضي إلى الوطء في القُبل الذي يحصل به الجزئية

---

(١) هكذا في "ب"، وكان في الأصل و "ظ" و "ف": سميكًا.

(٢) وفي "م": يجد مس جسدها... إلخ.

(٣) وفي "م": ابن إبراهيم.

والبعضية ، إذ السبب يقوم مقام المسبب خصوصاً[1] في باب الحرمات ، فأما النظر إلى الدبر يفضي إلى الجماع في الدبر ، وبه لا يحصل الجزئية والبعضية ، ولا يثبت الحرمة .

٣٧١٤- والجماع في الدُّبر لا تثبت به حرمة المصاهرة ، ذكره محمد رحمه الله تعالى في الزيادات في باب إتيان المرأة في غير الفرج ، وبه أخذ مشايخنا رحمهم الله تعالى ، وبعض مشايخنا قالوا : يوجب حرمة المصاهرة ، وبه كان يفتي شمس الأئمة محمود الأوزجندي ، ووجه ذلك : أنّ الجماع في الدبر[2] لا يخلو عن المسّ بشهوة ، ومجرّد المس بشهوة تثبت به حرمة المصاهرة عندنا ، فهذه الزيادة إن كانت لا توجب زيادة حرمة لا يوجب خلافها ، وما ذكر محمد رحمه الله تعالى أصحّ ؛ لأن المس بشهوة إنما يوجب حرمة المصاهرة ؛ لكونه سبباً مفضياً إلى الوطء في المحل الذي يحصل به البعضية والجزئية ، وبالإتيان في غير المأتى تبيّن أنّ ذلك المس لم يكن مفضياً إلى الوطء الذي يحصل به الجزئية والبعضية ؛ فلا تثبت به حرمة المصاهرة . ألا ترى أنّ من مسّ المرأة بشهوة وأمنى ، لا تثبت حرمة المصاهرة [وكذا إذا نظر إلى فرج امرأة بشهوة وأمنى ، لا تثبت به حرمة المصاهرة][3] .

٣٧١٥- وإذا قبّلها ثم قال : لم يكن عن شهوة ، ومسّها ، أو نظر إلى فرجها ، ثم قال : لم تكن بشهوة ، فقد ذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالى : أنّ في القبلة يفتى بثبوت الحرمة ما لم يتبيّن له أنه قبّل بغير شهوة ، وفي المس والنظر إلى الفرج لا يفتى بالحرمة إلا إذا تبيّن أنه فعل بشهوة ؛ لأنّ الأصل في التقبيل الشهوة ، بخلاف المس والنظر ، والدليل عليه أنّ محمداً رحمه الله تعالى في أي موضع ذكر التقبيل لم يقيّده بشهوة ، وفي أي موضع ذكر النظر والمسّ قيّدهما بالشهوة ، وفي بيوع العيون بخلاف هذا .

٣٧١٦- قال : إذا اشترى جارية على أنه بالخيار ، فقبّلها أو نظر إلى فرجها ، ثم قال : لم يكن عن شهوة ، وأراد ردّها ، فالقول قوله ، ولو كان مباشرة وقال : لم يكن عن شهوة لم يصدّق .

٣٧١٧- ومن المشايخ رحمهم الله تعالى من فصّل في التقبيل بينما إذا كان على الفم ، وبينما إذا كان على الجبهة والرأس ، فقال : إذا كانت القُبلة على الفم يفتى بالحرمة ،

---

(١) ثبت من ظ و ف و م .

(٢) وفي م : أن الجماع في ذلك المحل ... إلخ

(٣) اثبت من ظ و م و ف .

ولا يصدق أنه كان بغير شهوة، وإن كان على الرأس، أو على الذقن، أو على الخدّ، لا يفتي بالحرمة إلا إذا ثبت أنه قبّل بشهوة، ويصدق في أنه لم يكن بشهوة، هكذا ذكر في مجموع النوازل.

٣٧١٨- وكان الشيخ الإمام ظهير الدين رحمه الله تعالى يفتي بالحرمة في القبلة على الفم، والخدّ والذقن، والرأس وإن كان على المقنعة، وكان يقول: لا يصدق في أنه لم يكن بشهوة، وظاهر ما أطلق في بيوع العيون يدل أنه يصدق في القبلة، سواء كانت على الفم أو على موضع آخر. وفي البقالي: ويصدق إذا أنكر الشهوة يعني في المس، إلا أن يقوم إليها منتشراً فيعانقها [قال ثمة: وكذا قال في المجرد، والانتشار دليل الشهوة][1]، وهذا إشارة إلى أن في المس لا يفتي بالحرمة ما لم ينضم إليه دليل آخر يدل على الشهوة [وإذا أخذ ثديها وقال: كان ذلك][2] عن غير شهوة، فيه كلام، وإذا ركب على ظهرها، وعبر بها الماء، ثم قال: لم يكن عن شهوة صدق، وإذا أخذت المرأة ذكر ختنها في الخصومة وشدته، وقالت: كانت عن غير شهوة صدقت.

٣٧١٩- في كراهية الحاوي: أن مس شعر المرأة لا يوجب حرمة المصاهرة، وفي الأجناس: أن مس شعر رأس المرأة عن شهوة يوجب حرمة المصاهرة والرجعة، وأنكر القاضي الإمام علي السغدي رحمه الله تعالى ما ذكر في الأجناس، قال: لأن الرأس تحت الشعر، فيصير ماساً شعرها لا بدنها، فهو بمنزلة ما لو مس بدنها من وراء الكم.

٣٧٢٠- وتقبل الشهادة على الإقرار باللمس بشهوة [وعلى الإقرار بالتقبيل بشهوة][3]، وهل تقبل الشهادة على نفس اللمس والتقبيل عن شهوة؟ اختلف فيه المشايخ رحمهم الله تعالى، قال بعضهم: لا يقبل، وإليه مال الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى، وهذا لأن الشهوة أمر باطن، لا يوقف عليه عادة. وقال بعضهم: يقبل، وإليه مال الشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام علي البزدوي، وهكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى في نكاح الجامع، لأن الشهوة مما يوقف عليها في الجملة، إما بحركة العضو من الذي يتحرك عضوه، أو بآثار أخر ممن لا يتحرك عضوه.

---

(١) أثبت من ظ و ف و م.

(٢) هكذا في م و ف، وكذا في الأصل: يدل على الشهوة منتشراً قال: لكن عن شهوة... راجع.

(٣) أثبت من ف و م و ظ.

٣٧٢١- ابن سماعة في "نوادره" عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل نظر إلى فرج ابنته من غير شهوة، فتمنى أن تكون له جارية، فوقعت له الشهوة مع وقوع نظره، قال: إن كانت [الشهوة منه على ابنته حرمت عليه امرأته، وإن كانت الشهوة][1] وقعت على ما تمنى لم يحرم؛ لأن النظر إلى فرج البنت حينئذ لا يكون عن شهوة.

٣٧٢٢- وفي "واقعات الناطفي": إذا قصد أن يقيم امرأته على فراشه ليجامعها وهي نائمة، ومعها ابنتها المشتهاة، فوصل يده إلى البنت المشتهاة، فقرصها بإصبعه وظن أنها امرأته، إن كان وصل يده إلى البنت، وهو يشتهي لها، حرمت عليه امرأته، وإن كان يحسبها امرأته؛ لأنه مسها بشهوة. وإن كان لا شهوة له في وقت ملامستها لا يحرم له؛ لأنه لم يوجد [مسها بشهوة][2]، وإن اختلفا فالقول قول الزوج؛ لأنه ينكر ثبوت الحرمة، والقول قول المنكر.

٣٧٢٣- في "فتاوى أبي الليث": زوج جدة المرأة محرم لها، إن كان قد دخل بالجدة، سواء كانت الجدة من قبل أبيها، أو من قبل أمها، وزوج بنت البنت محرم للجدة، دخل بها أو لم يدخل؛ لأن البنت لا تحرم بنفس نكاح الأم، وكذا بنفس نكاح الجدة، والأم تحرم بنفس نكاح البنت، وكذا يحرم بنفس نكاح بنت البنت. في "العيون": نظر إلى فرج امرأة من خلف ستر، أو زجاجة يستبين من خلفها فرجها، وكان النظر بشهوة حرمت عليه أمها وابنتها، بخلاف ما لو نظر في المرآة، والفرق: أن المرئي في المرآة عكس الفرج لا عين الفرج، ولا كذلك الذي من خلف الستر والزجاجة.

٣٧٢٤- أقر بحرمة المصاهرة يؤاخذ به، ويفرق بينهما، وكذلك إذا أضاف ذلك إلى ما قبل النكاح، بأن قال لامرأته: كنت جامعت أمك قبل نكاحك، ويؤخذ به ويفرق بينهما، ولكن لا يصدق في حق المهر، حتى يجب المسمى دون العقر، ولكن إن كان قبل الدخول بها يجب نصف المسمى، وإن كان بعد الدخول يجب كمال المسمى، والإصرار على هذا الإقرار ليس بشرط في القضاء، حتى لو أقر بجماع أم امرأته، أو مسها، ثم رجع عن ذلك، وقال: كذبت، فالقاضي لا يصدقه، ولكن فيما بينه وبين الله تعالى إن كان كاذبا فيما أقر، لا تحرم عليه امرأته وإن نزع من ساعته، هكذا قيل.

---

(١) أثبت من "ف" و"م" و"ظ".

(٢) هكذا في "ظ" و"م" و"ف"، وكان في الأصل: مسها الشهوة

بشهوة](1)، ويلزمه نصف المهر لتكذيب المولى إياه أنه قبّله بشهوة، ولا يقبل قول الأمة في ذلك لو قالت: قبّلته بشهوة. قيل لرجل: ما فعلت بأم امرأتك؟ قال: جامعتها، قال: تثبت حرمة المصاهرة، وقيل: إن كان السائل والمسؤول هازلان، قال: لا يفترقان، ولا يصدق أنه كذب. في أيمان "مجموع النوازل": والشهوة من أحد الجانبين في فصل المس يكفي لثبوت هذه الحرمة.

نوع آخر في الرضاع:

٣٧٢٨- فالرضاع في إيجاب الحرمة كالنسب والصهرية، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب». والمعنى في ذلك، أن الماء أصل في التكوين، واللبن أصل في النماء والزيادة، فجرى الماء(2) من أصل التكوين مجرى الوصف من الأصل، ومجرى الحق من الحقيقة [والحرمات مما يحتاط في إثباتها، فألحق الحق بالحقيقة](3) والوصف بالأصل. قال أصحابنا رحمهم الله تعالى: وما يتعلق به التحريم في النسب يتعلق به في الرضاع، إلا في مسألتين: إحداهما: أنه لا يجوز للرجل أن يتزوّج أخت ابنه من النسب، ويجوز في الرضاع، وإنما كان كذلك؛ لأن أخت ابنه من النسب إن كانت منه فهذه بنته، وإن لم تكن منه فهي ربيبته، وإنما حرمت لهذا المعنى، وهذا المعنى لا يتأتى في الرضاع، حتى إن في النسب لو لم يوجد أحد هذين المعنيين، بأن كانت جارية بين شريكين جاءت بولد، فادّعياه حتى ثبت النسب منهما، ولكل واحد منهما بنت من امرأة أخرى، جاز لكل واحد من المولَيين أن يتزوّج بابنة شريكه، وإن حصل كل واحد من المولَيين متزوّجاً أخت ابنه من النسب.

٣٧٢٩- المسألة الثانية: لا يجوز للرجل أن يتزوّج أم أخته من النسب، ويجوز في الرضاع، وإنما كان كذلك؛ لأن في النسب إن كانا أخوين لأم، فأم الأخ أمه، وإن كانا أخوين لأب، فأم الأخ امرأة أبيه، وهذا معدوم في الرضاع، وإنه يفارق الرضاع النسب في هاتين المسألتين. أما فيما عدا هاتين المسألتين، فحكم الرضاع وحكم النسب سواء، والتحريم

---

(1) أثبت من "ظ" و "ب" و "م".

(2) وفي "ف": مجرى الشيء.

(3) أثبت من "ظ".

بين فحلين. وفي النكاح للحسن بن زياد: امرأة ولدت [من زوج](1) وأرضعت ولدها، ثم يبس لبنها، ثم نزل لها لبن بعد ذلك فأرضعت صبية، فإن لهذا الصبي أن يتزوج بنت هذا الرجل من غير هذه المرأة، قال: وليس هذا لبن الفحل، وكذلك إذا تزوج امرأة ولم تلد منه قط، ثم نزل لها لبن. فإن هذا اللبن من هذه المرأة دون زوجها، حتى لو أرضعت صبية [بهذا اللبن](2) لا تحرم على ولد هذا الرجل من غير هذه المرأة.

٢٧٣٠- ولو زنى بامرأة فولدت منه، فأرضعت بهذا اللبن صبية، لا يجوز لهذا الزاني أن يتزوج بهذه الصبية، ولا لأبيه، ولا لأبنائه، ولا لأبناء أولاده؛ لوجود البعضية بين هؤلاء وبين الزاني، فكما لم يجز للزاني أن يتزوجها، فكذا لا يجوز لهؤلاء.

٢٧٣١- والرضاع الموجب للتحريم ما كان في حالة الصغر دون الكبر، قال عليه الصلاة والسلام: «الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم»(3)، وقال عليه الصلاة والسلام: «لا رضاع بعد الفصال»(4)، ولأن حرمة الرضاع(5) من حيث إنه سبب للنشوء والزيادة، وذلك في حالة الصغر [لأن الصغير لا](6) يربى بغيره، بخلاف الكبيرة، وقليل الرضاع وكثيره سواء في إثبات الحرمة؛ لأن المنصوص عليه فعل الإرضاع دون العدد(7)، قال الله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾(8).

٢٧٣٢- ومدة الرضاع ثلاثة أوقات: أدنى، وأوسط، وأقصى. فالأدنى حول ونصف، والأوسط حولان، والأقصى حولان ونصف، حتى لو نقص عن الحولين لا يكون شططاً، ولو

= وأبي داود ٢٠٦١، وابن ماجة ١٩٣٨.

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ب.

(2) ما بين المعقوفين ساقطة من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ب.

(3) أخرجه أبو داود: ٢٠٦٢، وأحمد في مسنده ٣٩٠٥.

(4) أخرجه الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢١٨ في كتاب الرضاع، وقال: روي من حديث علي، ومن حديث جابر، فحديث علي رواه الطبراني في معجمه الصغير، وحديث جابر أخرجه أبو داود الطيالسي في مسنده.

(5) في ب و م: لأن الحرمة بالرضاع.

(6) أثبت من ظ و ب و م.

(7) وفي [illegible]: دون العدد، وفي [illegible]: دون العدة.

(8) النساء: ٢٣.

زاد على الحولين لا يكون تعدّيًا، والوسط هو حولان. فلو كان الولد يستغني عنها دون الحولين فقطمته في حول ونصف يحل، ولا يأثم بالإجماع، ولو لم يستغن عنها بحولين، فلها أن ترضعه بعد ذلك، ولا تأثم عند عامة العلماء رحمهم الله تعالى خلافًا لخلف بن أيوب، وإنما الكلام في ثبوت الحرمة بالرضاع، وفي استحقاق الأجر.

٣٧٢٣- فأما الكلام في ثبوت الحرمة، فقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: يثبت حكم الحرمة[1] في الصغير إلى ثلاثين شهرًا، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: إلى سنتين، حجتهم قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾[2]، وقال عليه الصلاة والسلام: «لا رضاع بعد الحولين»[3]، ولأبي حنيفة قوله تعالى: [[4] ﴿فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا﴾[5]، اعتبر التراضي والتشاور في الفصال بعد الحولين، و[رفع][6] الجناح عن الفصال بعد الحولين، والتراضي والتشاور، فهذا دليل على أنّ ما بعد الحولين مدّة الرضاع، ولأنّ حكم الرضاع يتعلّق باللبن في حق الصغير؛ لأنه سبب للنشوء والزيادة، وهو الغذاء الأصلي في حقه، والغذاء لا يتغيّر إلا بمضيّ زمان، فلا بدّ من اعتبار مدّة بعد ذلك حتى يتغيّر به الغذاء، فقدّر أبو حنيفة رحمه الله تعالى تلك المدّة بستة أشهر؛ لأنها مدة تغيّر الغذاء؛ وأنّ الولد يبقى في البطن ستة أشهر، ويتغذى بغذاء الأم ثم ينفصل، ويصير أصلا في الغذاء، وإنما قدّر المدة بستة أشهر لهذا.

٣٧٢٤- وأمّا الكلام في استحقاق الأجر، قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى: هو على هذا الخلاف، حتى إنّ المطلقة تستحق أجرة الرضاع على الأب إلى تمام حولين ونصف عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما تستحق إلى تمام حولين، ولا تستحق فيما وراء الحولين، وكثير من المشايخ رحمهم الله تعالى قالوا: إنّ مدة الرضاع في

(١) وفي "ظ" و "م": حكم الرضاعة.

(٢) البقرة: ٢٣٣.

(٣) أخرجه في نصب الراية، وقال: أخرجه الدارقطني في سننه في الرضاع ص٤٩٨، والبيهقي: ص٤٦٢ ج٧، وقال البيهقي: رواه عبد الرزاق في مصنفه، كذا في تخريجه.

(٤) أثبت من "ف" و "ظ" و "م".

(٥) نفس الآية.

(٦) هكذا في "ف" و "م"، وكان في الأصل و "ظ": رجع.

حتى تستحق الأجر على الأب مقدرة بحولين عند ذلك، حتى لا تستحق المطلقة أجرة الرضاع بعد الحولين بالإجماع، وتستحق في الحولين بالإجماع. ولو فطم الصبي في مدة الرضاع، ثم سقي بعد ذلك في المدة، فهو رضاع على قول من يرى الرضاع في كل المدة؛ لوجود الارتضاع في المدة، وهو الظاهر من المذهب، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: أنه إنما يعتبر إذا لم يتعود الصبي الطعام، حتى لا يكتفي به بعد الفطام، فأما إذا صار بحيث يكتفي بالطعام لا تثبت الحرمة بعد ذلك؛ لأنه إذا صار بحيث يكتفي بالطعام، فاللبن [بعد ذلك] لا يغذيه، ولا يحصل به النشوء، وهو المعنى المعول عليه في إثبات حرمة الرضاع.

٣٧٣٥- في المنتقى: إذا فطم في الحولين، واستغنى بالطعام، فأرضعته بعد ذلك، فعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى روايتان. والبكر إذا نزل لها لبن، تعلق به من الحرمة ما تعلق بلبن الثيب، قال في الأجناس: وفائدته: لو تزوجت بزوج، وطلقها قبل أن يدخل بها، له أن يتزوج بهذه الصبية [ولو دخل بها والمسألة بحالها، لا يجوز له أن يتزوج بهذه الصبية](١)؛ لأنها ربيبة المدخولة، ولبن الحية والميتة سواء في التحريم، لاستوائهما في المعنى الموجب للحرمة، وهو حصول النشوء، وتثبت حرمة الرضاع بالسعوط والوجور؛ لأنه يغذي الصبي، فالسعوط يصل إلى الدماغ، فيتقوى به [والوجور](٢) يصل إلى الجوف، فيحصل به النشوء، والإقطار في الأذن لا يثبت به الحرمة؛ لأن الظاهر أنه لا يصل إلى الدماغ لضيق ذلك الثقب، وكذلك الإقطار في الإحليل؛ لأن أكبر ما فيه أن يصل إلى المثانة، ولا يتغذى به الصبي عادة، وكذلك الحقنة في ظاهر الرواية لا توجب الحرمة.

٣٧٣٦- وإذا جعل لبن المرأة في طعام فأكله صبي، فإن كانت النار قد مسته، وأنضجت الطعام حتى تغير، لا تثبت الحرمة سواء كان اللبن غالباً أو مغلوباً، وإن كان لم تمسه النار، فإن كان الطعام هو الغالب لا تثبت به الحرمة، وإن كان اللبن هو الغالب، فعلى قولهما تثبت الحرمة اعتباراً(٣) للغالب، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا تثبت الحرمة، وشرط القدوري على قول أبي حنيفة أن يكون الطعام مستبيناً، معناه: أن يكون بمنزلة الثريد، وهذا

(١) أثبت من ظ.

(٢) أثبت من ظ، ب، ف، م.

(٣) أثبت من ظ، ب، ت، م.

لأن الطعام[1] إذا كان مستبيناً فهو الأصل، واللبن وإن كان غالباً، فهو كالتبع للطعام عما هو المقصود، فإن الرقة قد تطلب للثريد، وقيل: إنما لا تثبت الحرمة على قول أبي حنيفة إذا كان لا يتقاطر اللبن عند حمل اللقمة، أما إذا كان يتقاطر تثبت به الحرمة. وقيل: لا تثبت الحرمة عند أبي حنيفة على كل حال، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي، وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده: أن على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: إنما لا تثبت الحرمة إذا أكل لقمة لقمة، أما إذا حسى حسواً تثبت الحرمة، وقيل: إذا وصل[2] اللبن مفرداً فلا اختلاف، وإذا تناول الثريد ففيه خلاف.

٣٧٢٧- وفي كتاب الرضاع للخصاف: إذا ثردت له خبزاً في لبنها حتى تشرب الخبز ذلك اللبن، أو لتت به سويقاً أو شيئاً، ثم أكله منه فإنه إن كان طعم اللبن يوجد فهو رضاع، وهذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، هكذا ذكر صاحب الأجناس، ولو خلط لبن المرأة بالماء، أو بالدواء، أو بلبن البهيمة، فالعبرة للغالب. وفي المنتقى: فسّر الغلبة في رواية ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فقال: إذا جعل في لبن المرأة دواء، فغيّر اللون ولم يغيّر الطعم، أو على العكس، فأوجر به صبياً حرم، وإن غيّر اللون والطعم، فلم يوجد طعم اللبن، وذهب لونه لا يحرم. وفسّر الغلبة في رواية ابن الوليد عن محمد رحمه الله تعالى، فقال: إذا لم يغيّر الدواء من أن يكون لبناً، تثبت به الحرمة، وإذا خلط بلبن امرأة أخرى، فكذلك عند أبي يوسف رحمه الله تعالى يعتبر الغالب، وعند محمد تثبت الحرمة منهما، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

٣٧٢٨- وإذا طلّق الرجل امرأته ولها منه لبن[3]، فتزوّجت بزوج آخر بعد ما انقضت عدتها، ووطئها الثاني، أجمعوا أنها إذا ولدت من الثاني فاللبن من الثاني، وينقطع من الأول. وأجمعوا على أنها إذا لم تحبل من الثاني، فاللبن من الأول. أما إذا حبلت من الثاني ولم تلد منه، قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: اللبن يكون من الأول[4]، حتى تلد من الثاني. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إن علم أن اللبن من الثاني بأمارة أو علامة، فهو من الثاني،

(١) هكذا في النسخ التي عندنا، ولكن في الأصل: وهذا إذا كان الطعام مستبينا

(٢) وفي م: أكل.

(٣) وفي م: ولها من ولد ما كان وله منه لبن... إلخ.

(٤) ثبت من م و ز ف.

وإن علم أنه من الأول فهو من الأول، وإن لم يعلم أنه من الأول أو من الثاني فهو من الأول؛ وذكر في اختلاف زفر ويعقوب أن على قول أبي يوسف اللبن من الثاني على كل حال، وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف: أن اللبن من الأول كما هو قول أبي حنيفة، وقال محمد: اللبن منهما.

نوع آخر:

٣٧٣٩- ولا فرق في التحريم بين الرضيع الطارئ والمتقدم، بيانه: إذا تزوج رضيعة، فأرضعتها أمه حرمت عليه؛ لأنها صارت أختًا له، وهذا لأن المحرمية إنما تمنع النكاح لعلة المنافاة، فإن بين الحل والحرمة تنافي، والمنافي كما يؤثر إذا اقترن بالسبب يؤثر إذا طرأ عليه، وكذلك إذا تزوج رضيعتين، فأرضعتهما امرأة معًا، أو واحدة بعد أخرى، حرمتا عليه؛ لأنهما صارتا أختين من الرضاعة، ويجب لهما نصف الصداق؛ لأن الفرقة تثبت بفعل غيرهما، لأن الأختية إنما تثبت بينهما بواسطة الأمومة، والأمومة حصلت بفعل الكبيرة، والإضافة إلى فعلهما أولى من الإضافة إلى فعل الصغيرة؛ لأن اختيارها معتبر، واختيار الصغيرة ساقط الاعتبار شرعًا، ويرجع الزوج على المرضعة بذلك إن تعمدت الفساد، وتفسيره: القصد مع العلم بالحكم، وإن أخطأت، أو أرادت الخير بأن خافت على الرضيع الهلاك من الجوع لا يرجع عليها، وهذا لأن المرضعة مسببة إلى الفرقة، وليست بمباشرة، والمسبب إنما يضمن إذا كان متعديًا في تسبيبه، فإذا تعمدت الفساد فهي متعدية، وإذا أخطأت، أو أرادت الخير، فليست بمتعدية. وتصدق المرضعة أنها لم تتعمد الفساد إذا لم يظهر خلافه [في "البقالي"][1]: عن محمد رحمه الله تعالى: أنه يرجع عليها بكل حال؛ لأن من أصله أن السبب كالمباشر، أصله مسألة فتح باب القفص، والإصطبل، وأشباه ذلك.

٣٧٤٠- وفي "العيون": رجل تزوج صبيتين، فجاءت امرأتان لهما لبن، وأرضعت كل واحدة منهما إحدى الصبيتين معًا وتعمدتا الفساد، فأجاب أنه لا ضمان على واحدة منهما؛ لأن كل واحدة منهما غير مفسدة بصنعها وبنفسها خاصة، هكذا وضع المسألة في "العيون"، وفي "المنتقى": وضع المسألة فيما إذا جاءت امرأتان لرجل أجنبي، لهما من ذلك الرجل الأجنبي لبن، فأرضعت كل واحدة منهما إحدى الصبيتين معًا وتعمدت الفساد.

(١) هكذا في ب وت وم.

٣٧٤٣- تزوج الرجل ثلاث صبيات، فجاءت امرأة وأرضعتهن معًا، بأن جعلت لبنها في قارورة، وألقمت إحدى ثدييها في فم إحداهن، والأخرى في فم الأخرى، وأوجرت الثالثة معًا حرمن[1] جميعًا؛ لأنهن صرن أخوات، وإن أرضعتهن واحدة بعد أخرى بانت الأوليان، والثالثة [امرأته][2]؛ لأنها لما أرضعت الثانية ثبت الأختية بين الأولى والثانية، فتقع الفرقة بينه وبينهما، فإذا أرضعت الثالثة [صارت الثالثة][3] أختًا لهما، إلا أنه لم يبق الجمع لفساد نكاحهما للجمعية قبل إرضاعها، ولا يفسد نكاح الثالثة لهذا، ولو أرضعت الأولى، ثم أرضعت الثنتين معًا، حرمن عليه؛ لأن إرضاع الأولى لم يتعلق به التحريم، فإذا أرضعت الثنتين صرن أخوات، وقد تحقق الجمع بينهن فحرمن. ولو كن أربع صبيات، فأرضعتهن واحدة بعد أخرى حرمن عليه، وطريقه: أن بإرضاع الثانية حرمت الأولى والثانية، وبإرضاع الرابعة حرمت الرابعة والثالثة، وكذلك لو أرضعت واحدة، ثم أرضعت الثلاث منهن معًا حرمن عليه. ولو أرضعت الثلاثة منهن معًا [ثم أرضعت][4] الرابعة لا تحرم الرابعة.

٣٧٤٤- ولو تزوج كبيرة وصغيرة، وأرضعت الكبيرة الصغيرة بانتا، ولا مهر للكبيرة إن كان قبل الدخول بها، وللصغيرة نصف المهر، وله أن يتزوج بالصغيرة إن لم يكن دخل بالكبيرة، ولا يتزوج الكبيرة؛ لأن الصغيرة ابنته من الرضاع، ولم يدخل بأمها، والكبيرة أم امرأته، ولو تزوج كبيرة وصغيرتين، فأرضعتهما الكبيرة واحدة بعد أخرى، فإن لم يكن دخل بالكبيرة حرمت الكبيرة والصغيرة الأولى؛ لأنها حين أرضعتها فقد صارتا أمًا وبنتًا، فوقعت الفرقة بينهما، فحين أرضعت الثانية فليست الكبيرة في نكاحه، فبقي نكاحها؛ لأن المانع مجرد العقد على الأم، ولا يحل له هذه الكبيرة أبدًا، ويحل له الصغيرة، إذا فارق التي عنده، وإن كان ذلك بعد ما دخل بالكبيرة حرمن عليه جميعًا؛ لأنهما صارتا ابنتيها[5] من الرضاعة، ولا يحل له واحدة منهن أبدًا؛ لوجود الدخول بالأم، وصحة العقد بالبنت.

٣٧٤٥- ولو تزوج كبيرة وثلاث صبيات، فأرضعتهن واحدة بعد أخرى حرمن عليه،

---

(١) لعله هو الصحيح، وكان في الأصل: "من".

(٢) أثبت من النسخ الموجودة عندنا.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ب.

(٤) أثبت من م و ظ.

(٥) وفي ظ و م: ابنتها.

دخل بالكبيرة أو لم يدخل، أما حرمة الكبيرة والصغيرة الأولى؛ لأنهما صارتا أمًا وبنتًا، وأما حرمة الصغيرة الثانية والثالثة إن لم يدخل بالكبيرة، فلثبوت الأختية بينهما وإن دخل بالكبيرة؛ لأن كل واحدة منهما ربيبته، وقد دخل بالأم.

٣٧٤٦- ولو تزوج كبيرتين وصغيرتين، ولم يدخل بالكبيرتين بعد حتى عمدت الكبيرتان إلى إحدى الصغيرتين، وهي زينب، فأرضعتاها إحداهما بعد الأخرى، ثم أرضعتا الصغيرة الثانية، وهي عمرة، إحداهما بعد الأخرى، بانت الكبيرتان والصغيرة الأولى، وهي زينب، والصغيرة الثانية وهي عمرة امرأته؛ لأن إحدى الكبيرتين حين أرضعت زينب بانتا؛ لأنهما صارتا أمًا وبنتًا، فحين أرضعت الكبيرة الأخرى زينب صارت أم امرأته، فحرمت أيضًا، فإذا أرضعت عمرة صارت عمرة ربيبة ولم يدخل بأمها، فلا تحرم.

٣٧٤٧- ولو أن إحدى الكبيرتين أرضعت الصغيرتين واحدة بعد أخرى [ثم أرضعت الكبيرة الأخرى الصغيرتين واحدة بعد أخرى][1] فإن كانت الكبيرة الثانية بدأت بالتي بدأت بها الكبيرة الأولى وهي زينب، بانت الكبيرتان والصغيرة الأولى وهي زينب والصغيرة الأخرى وهي عمرة امرأته، ولو بدأت الكبيرة الثانية بالصغيرة الأخرى حرمن عليه جملة. ولو كانت تحته كبيرة وصغيرة، فأرضعت أم الكبيرة الصغيرة بانتا؛ لأنهما صارتا أختين، وكذلك لو أرضعتهما أخت الكبيرة؛ لأن الصغيرة صارت بنت أخت الكبيرة، والجمع بين المرأة وبنت أختها لا يجوز، ولو أرضعتهما عمة الكبيرة أو خالتها لم تبن واحدة منهما؛ لأن الجمع بين المرأة وبنت عمتها وابنة خالتها جائز. وإذا كان تحت الرجل كبيرة وصغيرة فطلق الكبيرة، ثم [إن أخت الكبيرة][2] أرضعت الصغيرة والكبيرة في العدة بعد بانت الصغيرة؛ لأن حرمة الجمع في حالة العدة كحرمتها حال قيام النكاح.

٣٧٤٨- ولو زوج رجل ابنه الصغير امرأة لها لبن، فارتدت وبانت من الصبي، ثم أسلمت، وتزوجها رجل فحبلت منه، فأرضعت بلبنها ذلك الصبي الذي كان زوجها، حرمت على زوجها الثاني؛ لأن الصبي صار ابنًا لزوجها، فكانت هذه امرأة الابن، فحرمت عليه. ولو كان زوج الرجل أم ولده مملوكا له وهو صغير، فأرضعته بلبن السيد حرمت على زوجها وعلى مولاها؛ لأن المملوك صار ابنًا لمولاه، فحرمت على المولى؛ لأنها امرأة ابنه، وحرمت على

---

(١) أثبت من "ظ" و"ف" و"م".

(٢) أثبت من "ظ" و"ف" و"م".

الزوج؛ لأنها موطوءة أبيه. ولو تزوج صغيرة وطلقها، ثم تزوجت كبيرة، فأرضعت هذه الكبيرة تلك الصغيرة بلبنه، أو لبن غيره، حرمت عليه؛ لأنها أم امرأته.

نوع آخر:

٣٧٤٩- ولا يقبل في الرضاع إلا شهادة رجلين أو شهادة رجل وامرأتين عدول، هكذا روي عن عمر وابن عباس رضي الله تعالى عنهما، والمعنى أن ثبوت الحرمة لا تقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح، وإبطال الملك عن المحل لا يثبت إلا بشهادة شاهدين، وهذا بخلاف ما إذا اشترى لحمًا، فأخبره مسلم أنه ذبيحة مجوسي، فإنه يحرم تناوله؛ لأن حرمة التناول يقبل الفصل عن زوال الملك، فكان هذا من باب الدين، فيقبل قول الواحد فيه، وإن كان المخبر واحدًا، ووقع في قلبه أنه صادق، فالأولى أن يتنزه، ويأخذ بالثقة، وجد الإخبار قبل العقد أو بعده، ولا يجب عليه ذلك، وإذا شهد عليه بذلك رجلان، أو رجل وامرأتان، وهم عدول، لم يسع لكل واحد منهما المقام مع صاحبه؛ لأن الحجة قد تمت.

٣٧٥٠- صبية أرضعها بعض أهل القرية، ولا يدرى من أرضعها من النساء، فتزوجها رجل من أهل تلك القرية، فهو في سعة من المقام معها في الحكم؛ لأنه لم يظهر المانع، في فتاوي أهل سمرقند.

٣٧٥١- وفيه أيضًا: أدخلت المرأة حلمة ثديها فم رضيع، ولا تدري أدخل اللبن في حلقه أم لا؟ فإنه لا يحرم النكاح؛ لأن في المانع شكًا. وفي آخر فتاوى أبي الليث: رجل تزوج رضيعة، ومضى على ذلك زمان، فقالت أم الزوج أو أخته: إني قد أرضعتها، إن قالت: قد أرضعتها قبل النكاح، لا يحل للزوج أن يتزوج بأختها ما لم يطلق الرضيعة؛ لأن إقدام الزوج على النكاح إقرار منه بصحة النكاح، وإقراره صحيح في حقه، وإن قالت: أرضعتها بعد النكاح، جاز له أن يتزوج بأختها قبل أن يطلقها.

نوع آخر:

٣٧٥٢- إذا قال الرجل: هذه المرأة أمي من الرضاعة، أو قال: ابنتي، أو قال: أختي، ثم أراد أن يتزوجها بعد ذلك، وقال: أوهمت، أو أخطأت، أو نسيت، وصدقته المرأة فهما مصدقان على ذلك، وله أن يتزوجها، وهذا استحسان، وإن ثبت على قوله الأول وقال: هو حق كما قلت، ثم تزوجها، فرق بينهما قياسًا واستحسانًا. وجه القياس: أن الرجوع عن

الإقرار فيما هو على الغير غير مقبول؛ لأن الإقرار حجة ملزمة بنفسه، على ما عرف.

وجه الاستحسان: أن هذا أمر قد يشتبه، فقد يقع عند الإنسان أن بينه وبين امرأة رضاعاً، فيخبر بذلك، ثم يتفحص عن حقيقة الحال، فتبين أنه غلط في ذلك، وربما وقع به الاشتباه إذا أخبر بالشفقة، وليس هناك من يكذبه، يجب قبول خبره، ولم يوجد التكذيب هنا، فإذا أقرت المرأة أن هذا أبي من الرضاعة، أو أخي، أو ابن أخي، وأنكر الرجل، ثم أكذبت المرأة نفسها وقالت: أخطأت، وتزوجها، فالنكاح جائز. وكذلك لو تزوجها قبل أن تكذب نفسها، وقالت مرة بعد النكاح: قد كنت أقررت قبل النكاح أنك أخي، وقد قالت: إن ما أقررت به فهو حق حين أقررت بذلك، وقد وقع النكاح فاسداً، فإنه لا يفرق بينهما، ولو كان هذا القول من الزوج يفرق بينهما.

٣٧٥٣- وإذا أقر الرجل أن هذه المرأة أخته من الرضاعة، وثبت على ذلك، وأشهد عليه شهوداً، ثم تزوجها، ولم تعلم المرأة بذلك[١]، ثم جاءت بهذه الحجة بعد النكاح، فرق بينهما. ولو أقرا بذلك جميعاً، ثم أكذبا أنفسهما. وقال: أخطأنا، ولم تعلم المرأة بثبت، ثم جاءت بهذه الحجة بعد النكاح فرقت بينهما، ولو أقرا بذلك جميعاً، ثم أكذبا أنفسهما، وقالا: أخطأنا، ثم تزوجها، كان النكاح جائزاً. وكذلك هذا في النسب ليس يلزم من ذلك إلا ما ثبت عليه[٢]؛ لأن الغلط والاشتباه فيه مما يتحقق.

٣٧٥٤- ولو تزوج امرأة، ثم قال بعد النكاح: هي أختي من الرضاعة، وما أشبهه، ثم قال: أوهمت ليس الأمر كما قلت، لا يفرق بينهما استحساناً، ولو ثبت على هذا القول وقال: هو حق كما قلت، فرق بينهما، ولو جحد بعد ذلك لا ينفعه جحوده، والحاصل أن مثل هذا الإقرار إنما يوجب الفرقة بشرط الثبات عليه، فإذا قال: أوهمت، فقد انعدم ما هو شرطه، فلا يوجب الفرقة، وإذا قال بعد الإقرار: هو حق كما قلت، فقد وجد الشرط، وثبت الحكم، ولا ينفعه الجحود بعد ذلك.

٣٧٥٥- ولو قال: هذه أختي، وهذه ابنتي، وليس لها نسب معروف، ثم قال: أوهمت، إذ صدق، وهذا بخلاف ما لو قال لعبده: هذا ابني، أو قال لأمته: هذه ابنتي، ثم قال:

---

(١) في ب: بذلك إقرار.

(٢) في أ: إلا ما ثبت عليه.

أوهمت][1] حيث لا يصدق، ويحكم بعتق العبد والأمة، والفرق أن الاشتباه لا يقع بين العبد وبين ابنه إلا نادرًا؛ لأن العبد هو الغالب مباين لابنه في المطعم، والملبس، والمحسن، والنادر لا عبرة له، فلا يعذر في قوله: أوهمت، أما الاشتباه بين ابنته وزوجته ليس بنادر، بل هو غالب لتقاربهما في المطعم، والملبس، والتجاسر، والأمانة معتبر شرعًا، فلهذا تعذر إذا قال: أوهمت، فهذا هو الفرق بينهما، ولو قال: هذه ابنتي من نسب، قال ذلك لامرأته، وثبت عليه، ولها نسب معروف لم أفرق[2] بينهما، وكذلك إذا قال: هذه أمي وله أم معروف، وثبت على ذلك لا يفرق بينهما؛ لأنه يكذب شرعًا فيما قال، ولو صار مكذبًا من جهة نفسه، بأن قال: أوهمت، لم يفرق بينهما، فكذا إذا صار مكذبًا شرعًا.

٣٧٥٦- ولو قال: هي ابنتي، وليس لها نسب معروف، ومثلها يولد لمثله، وثبت على ذلك، يفرق بينهما، فبعد ذلك إن صدقته المرأة أنها ابنته ثبت النسب، وما لا فلا، وإن كان مثلها لا يولد لمثله لا يثبت النسب منه، ولا يفرق بينهما؛ لأنه تيقن كذب إقراره حقيقة -والله أعلم-.

---

(١) أثبت من "ف" و"ظ" و"م".

(٢) هكذا في جميع النسخ الموجودة عندنا، ولعله: لم يفرق.

الحرة[1].

٣٧٦١- ولو تزوج أمة وحرة، والحرة في عدة عن نكاح فاسد، أو عن وطء بشبهة، ذكر الحسن رحمه الله تعالى أنه على هذا الاختلاف وغيره قال: يجوز[2] نكاح الأمة هنا باتفاق، ويجوز له أن يتزوج أخت [أمته التي وطيها، وأخت أم ولدها، ولكن لا يطأ الزوج حتى يحرم الأمة وأم ولد على نفسه بنكاح، أو ببيع الأمة، ولايجوز له أن يتزوج أخت][3] أم ولده في عدة أم الولد، بأن اعتق أم ولده، ثم أراد أن يتزوج بأختها في عدتها، فإنه لا يجوز، ويجوز له أن يتزوج أربعًا، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: يجوز نكاح الأخت والأربع؛ لأن العدة [أثر][4] ذلك الفراش، وذلك الفراش لم يكن مانعًا نكاح الأخت، ولا نكاح الأربع، فكذا أثره، وكان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول في الفرق: إن المقصود من النكاح الوطء، وهذا الرجل باعتبار عدة أم الولد غير ممنوع من وطء الأربع بالنكاح، بأن يعتقها وتحته أربع نسوة، فإن له أن يطأهن، وكذلك لا يكون ممنوعًا من العقد على الأربع، وهو باعتبار عدتها ممنوع عن وطء أختها بالنكاح، فيكون ممنوعًا من العقد عليها أيضًا بمنزلة العدة من النكاح.

٣٧٦٢- قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: يجوز أن يتزوج امرأة حاملا من الزنا، ولا يطأها حتى تضع، وقال أبو يوسف وزفر رحمهما الله تعالى: لا يصح النكاح، والفتوى على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وهذا لأن المنع عن النكاح إذا كان الحمل من النكاح لأجل الحق المحترم[5] لصاحب الماء، لئلا يدخل على فراشه غيره، فأما فيما يرجع إلى الحمل نفسه، فأثره في حق المنع من الوطء، لئلا يصير ساقيًا زرع غيره بمائه. في المنتقى: قال هشام: سألت محمدًا رحمه الله تعالى عن رجل تزوج امرأة لم يكن لها زوج قبل ذلك وبنى بها، فجاءت بولد تام، لأقل من ستة أشهر من يوم تزوجها، قال: النكاح فاسد في قولي وقول أبي يوسف رحمه الله تعالى؛ لأنه تزوجها وهي حامل، وإن جاءت بسقط

---

(١) هكذا في الأصل و"ظ"، وفي "ف" و"م": لأمر الحرمة.

(٢) وفي "م": لا يجوز.

(٣) أثبت من "ظ" و"ف" و"م".

(٤) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: أجاز.

(٥) وفي "ظ": المحرم.

استبان خلقه، أو بعض خلقه لأربعة أشهر منذ تزوجها أو أكثر (١)، فالنكاح جائز، وإن جاءت به لأقل من ذلك فالنكاح فاسد، لأنه علمنا أنه يكون نطفة أربعين يوماً، ثم علقة أربعين يوماً، ثم مضغة أربعين يوماً، فإذا سقطت لأربعة أشهر منذ تزوجها، أو أكثر من ذلك، فهو من الزوج، والنكاح جائز. قال محمد رحمه الله تعالى: والأربعة الأشهر تجب عندي في السقط الذي استبان خلقه، مثل الستة الأشهر في الذي تم خلقه. قال: ولا يحفظ عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في السقط الذي استبان خلقه شيئاً. وقال محمد رحمه الله تعالى: وإنما صير عدد الأربعة أشهر من مائة وعشرين يوماً، يعني في السقط، ثم أنظر فيه إلى الشهور، يعني إلى الأهلة إذا نظر فيه إلى [عدد] (٢) الأيام على ما جاء في الحديث، فإن وقت فيه مائة وعشرين يوماً، فإنما أوقت الأيام على ما جاء الحديث، فإن تزوجها على عقد رأس عشرة أيام من شهر عددت لها عشرين يوماً من هذا الشهر، وثلاثة أشهر بالأهلة، وعشرة أيام من الشهر السادس.

٢٧٦٣ - وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى في الحربية إذا هاجرت إلى دار الإسلام [مسلمة] (٣)، جاز تزوجها، ولا عدة عليها. وقال أبو يوسف ومحمد: عليها العدة؛ لأن الفرقة إنما تقع بعد دخولها دار الإسلام (٤)، فيلزمها حكم الإسلام. ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى قوله تعالى في آية المهاجرات: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ (٥). وفي حكمنا بوجوب العدة كان تمسكاً بالعصمة. والفقه فيه أن العدة أثر النكاح حكم شرعي لإظهار خطر النكاح، وهذا المعنى لا يتحقق في نكاح الحربي الذي لا خطر لملكه، ألا ترى أنه لو سبيت لا تجب العدة، حتى يحل للسابي وطؤها بعد الاستبراء. فإن كانت حاملاً فعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى روايتان. روى أبو يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يجوز النكاح، ولا يطؤها حتى تضع. وهو اختيار الكرخي. وروى محمد رحمه الله تعالى عنه أنه لا يطؤها حتى تضع؛ لأن النسب ثابت، وإنما وطئه العرش ... في حق النسب، فكذلك في حق المنع من النكاح.

---

(١) في أ: سقط خلقه أو أكثر فهو ابن الزوج، والنكاح جائز.

(٢) هكذا في النسخ التي عندنا، ولعل في الأصل سقطاً.

(٣) أثبتناه من ه، ط.

(٤) أثبت في النسخ الموجودة عندنا.

(٥) الممتحنة: ١٠.

٣٧٦٤- ولا يجوز وطء كافرة بنكاح، ولا بملك يمين إلا الكتابيات، فنكاح غير الكتابية لا يجوز لمسلم بحال، ونكاح الكتابية جائز للمسلم، سواء كانت حربية أو غير حربية، غير أنها إذا كانت حربية وتزوجها المسلم في دار الإسلام جاز نكاحها من غير كراهة، وإن تزوجها في دار الحرب يجوز نكاحها ويكره، هكذا ذكر محمد رحمه الله في "الأصل"، واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، قال بعضهم: إنما يكره إذا كان من قصده أن يتوطن ثمة، وقال بعضهم: إنما يكره إذا كان من قصده أن يطأها ثمة، كما قال محمد رحمه الله تعالى في المغازي: إذا دخل دار الحرب بأمته يكره له أن يطأها ثمة، وقال بعضهم: إنما يكره إذا كان من قصده أن يستولدها ثمة.

٣٧٦٥- والمرتدة لا يجوز نكاحها مع أحد، وكذا المرتد لا يجوز [نكاحه مع أحد، وإذا تزوج الرجل بجارية من أكساب مكاتبه لا يجوز][1]، ولو تزوج بجارية، ثم اشتراها المكاتب لا يفسد النكاح، وكذا المكاتب إذا تزوج بجارية من أكسابه لا يجوز.

٣٧٦٦- ولو تزوج بجارية، ثم اشتراها لنفسه لا يفسد النكاح، والفرق أن الثابت للمولى وللمكاتب في أكساب المكاتب حق الملك، لا حقيقة الملك، وحق الملك يمنع ابتداء النكاح، ولا يمنع بقاء النكاح؛ لأن حق الملك ليس إلا الملك الثابت من وجه دون وجه، فاعتبار شبه الوجود وإن كان ينفي النكاح، فاعتبار شبه العدم لا ينفي، فلا يجوز نكاح لم يكن بالشك، ولا يبطل نكاح قد كان بالشك.

٣٧٦٧- وإذا زوج الرجل ابنته وهي بالغة برضاها من مكاتب، أو من عبده يجوز، وقد مر تمام هذا فيما تقدم، فإن مات المولى، ولم يدع مالاً آخر سوى هذا المكاتب، وترك ابنته هذه وعصبة، لم يفسد النكاح؛ لأن المرأة لا تملك شيئاً من رقبة زوجها، ولو أفسد النكاح في هذه الصورة، أفسد من هذا الوجه.

بيانه: أن المكاتب لا يملك[2] بسائر أسباب الملك حقاً للمكاتب، فلا يملك بالإرث أيضاً، فإن طلقها المكاتب، فإن كان الطلاق رجعياً كان له أن يراجعها، وإن كان الطلاق بائناً ليس له أن يزوجها؛ وهذا لأنه [إنما][3] ثبت للمرأة في رقبة المكاتب حق الملك، ولهذا لا يملك

---

(١) أثبت من باقي النسخ التي عندنا.

(٢) هكذا في الأصل و"ظ"، ولعل الصواب: "بسائر أسباب الملك".

(٣) أثبت من "ظ".

المكاتب المزوج إلا برضاها، والطلاق البائن يزيل النكاح. فهذا ينافي ابتداء النكاح، وحق الملك يمنع ابتداء النكاح، فأما الطلاق الرجعي لا يزيل ملك النكاح، والرجعة في [حكم استدامة الملك](١)، وحق الملك لا ينافي استدامة ملك النكاح.

٢٧٦٨- ولو لم يكن شيء من ذلك، ولكن مات المكاتب، وترك ثلاثة آلاف درهم، فإنه يبدأ بالمهر؛ لأنه أقوى من بدل الكتابة، لأنه دين من كل وجه حقيقة وحكمًا، وبدل الكتابة دين تسمية حكمًا(٢)، ولأن ثبوت دين المكاتبة للمولى مع التنافي، وثبوت دين الصداق بلا تنافٍ، ولهذا جرت الكفالة بدين الصداق، ولم تجز ببدل الكتابة، فعلم أن دين الصداق أقوى، والابتداء بالأقوى أولى، ثم يستوفى بدل الكتابة؛ لأنه دين وإن ضعف، فهو يقدم على الميراث، ويحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته، ويكون ذلك ميراثًا عن مولى المكاتب، النصف للبنت والنصف للعصبة؛ لأنه مال الميت، فيقسم بين بنته وبين عصبته، بقي من ألف أخرى، فتكون ميراثًا عن المكاتب لورثته؛ لأنا حكمنا بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته، فيكون للبنت الربع بحكم الزوجية، والباقي للعصبة بحكم العصوبة، وإن لم يكن البنت في نكاحه، فلا شيء لها من هذه الألف وهي للعصبة؛ لأنها لو ورثته ورثت بحكم الولاء(٣) [وليس للنساء من الولاء](٤) إلا ما أعتقن، أو أعتق من أعتقن، هكذا ورد الأثر عن رسول الله ﷺ(٥)، وعليها عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرًا، دخل بها الزوج أو لم يدخل؛ لأنا حكمنا بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته، فانتهى النكاح بينهما بالموت، فلهذا وجب عدة الوفاة ولو لم يمت المكاتب، ولكنه عجز فسد النكاح؛ لأنها ملكت بعض رقبة زوجها.

بيانه: أن بالعجز ينفسخ عقد الكتابة، وهو المانع عن الإرث، ويسقط كل الصداق إن لم يكن دخل بها، لوقوع الفرقة بمعنى من قبلها وهو تملكها شيئًا من رقبة زوجها قبل الدخول

(١) هكذا في [illegible]، وكان في الأصل [illegible]: حق الزوج استدامة النكاح.

(٢) وفي [illegible]: وبدل الكتابة دين تسمية لا حكمًا.

(٣) وفي [illegible]: لأنها لو ورثت ورثته بحكم الولاء.

(٤) أثبت من ط و ف.

(٥) قال الزيلعي في نصب الراية ج ٤ كتاب الولاء: حديث «ليس للنساء إلا ما أعتقن ...» الخ غريب، وأخرجه البيهقي عن علي وابن مسعود وزيد بن ثابت أنهم كانوا يجعلون الولاء للكبر من العصبة، ولا يورثون النساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن، وكذلك أخرجه عبد الرزاق وابن أبي شيبة في مصنفيهما.

بها.

٣٢٦٩- [ذكر الشيخ الإمام الأجل الزاهد أبو حفص السفكردري رحمه الله من فوائده: أنه لا يجوز للرجل الحنفي أن يزوّج ابنته من الشفعوي، وعن بعض مشايخنا رحمهم الله: أنه يجوز لنا أن نتزوّج بناتهم، ولا يجوز لنا أن نزوّج أيامانا منهم، وعن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل رحمه الله، أنّ من قال، أنا مؤمن إن شاء الله يكفر للحال، فعلى قياس هذا لا يجوز المناكحة بيننا وبينهم أصلاً][1] -والله أعلم-

---

[1] أثبت من حـ.

الفصل الخامس عشر
في الأنكحة التي لا تتوقّف على الإجازة والتي تتوقّف على الإجازة ثم تنفذ بدون الإجازة ويحتاج فيها إلى الإجازة

٣٧٧٠ - قال محمد رحمه الله تعالى في "الزيادات": عبد أو مكاتب تزوّج امرأة بغير إذن المولى، توقّف ذلك؛ لأنّ له مجيزاً في الحال هو المولى، فإن اعتق قبل إجازة المولى ينفذ ذلك العقد عليه من غير إجازة، والصبي إذا تزوّج امرأة ثم بلغ، إن أجاز ذلك العقد نفذ عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى، وإن لم يجز لا يجوز.

والفرق: أن امتناع النفوذ في حق العبد والمكاتب مع كمال أهليتهما لحق المولى، وقد زال حق المولى بالعتق، فأما امتناع النفاذ في حق الصبي لقصور أهليته، فلا بدّ من المجيز بانضمام رأي الوليّ، أو القاضي، أو إجازته بعد البلوغ.

٣٧٧١ - مُكاتب زوّج عبده امرأة، لم يجز ولم يتوقّف؛ لأنه لا مجيز له حال وقوعه، أما المكاتب لأن تزويج العبد ليس بتجارة ولا كسب، بل هو تعييب وتنقيص للمالية، والداخل تحت ولاية المكاتب التجارة والكسب، وأما المولى فلأنه أجنبي عن أكساب مكاتبه، ولو وكّل المكاتب بذلك كان التوكيل باطلاً، لأن المكاتب لا يملك المباشرة بنفسه، فلا يملك التفويض إلى غيره، فلو زوّجه الوكيل قبل عتق المكاتب لم يجز، ولم يتوقّف، ولو زوّجه بعد عتق المكاتب توقّف على إجازته؛ لأن الوكالة لما بطلت كان هذا فضوليًا زوّج عبد الغير، وذلك الغير من أهل الإجازة وقت المباشرة، فتوقّف على إجازته.

٣٧٧٢ - ولو تزوّج عبد المكاتب بنفسه بغير أمر المكاتب [لم يتوقّف، حتى لو عتق المكاتب وأجاز ذلك لا يجوز؛ لأنه لا مجيز له، ولو زوّج بعد ما عتق المكاتب][1] جاز، وإذا وكّل الصبي رجلا أن يزوّجه امرأة، فزوّجه الوكيل امرأة قبل البلوغ، يتوقّف على إجازة الوليّ أو القاضي قبل البلوغ، وإجازته بعد البلوغ، وإن زوّجه الوكيل امرأة بعد البلوغ، يتوقّف النكاح على الإجازة أيضًا، ولكن على إجازة الصبي لا غير، وهذا لأن الوكالة حصلت عن رأي ناقص، فلا تكون لازمة، وصار الوكيل كالفضولي، فيتوقّف نفاذ تصرّفه على الإجازة.

---

(١) أثبت من ظ و ف و م.

معتوهًا، فأجاز الأب ذلك النكاح جاز. وكذلك العبد إذا تزوج بغير إذن المولى، ثم خرج عن ملكه إلى ملك غيره، فأجاز المالك الثاني النكاح صحّ إجازته ونفذ العقد. وكذلك الأمة إذا زوّجت نفسها بغير إذن المولى، فخرجت عن ملكه إلى ملك غيره بالبيع، أو بالهبة، أو بالإرث، فإن لم يحل فرجها للمالك الثاني، بأن ورثها جماعة، أو ورثها ابنه وكان الابن وطئها، أو باعها، أو وهبها من جماعة، أو من ابنه، وكان الأب وطئها، فللوارث الإجازة.

٣٧٨٠- وبيان الثاني: إن كانت الجارية تحل للثاني في هذه الصورة، بأن وهبها من أجنبي [أو باعها من أجنبي][١]، أو من ابنه، ولم يكن الأب وطئها، أو ورثها ابنه، ولم يكن الابن وطئها، فإنه لا يصح الإجازة من الثاني، ولا يصح النكاح بإجازة الثاني.

٣٧٨١- والأصل في جنس هذه المسائل: إن الإجازة إنما لا يصح انتقالها إلى غير من يتوقف العقد عليه إذا ثبت الحل لذلك الغير، وهو معنى ما نقل عن المشايخ رحمهم الله تعالى أن الحل البات إذا طرأ على الحل الموقوف أبطله، أما إذا لم يثبت الحل لذلك الغير، صح الانتقال إلى غير من وقع عليه، وعن هذا قلنا: إن الجارية إذا زوّجت نفسها بغير إذن المولى، ووطئها الزوج، ثم باعها المولى من رجل، صحت الإجازة من الثاني؛ لأن وطء الزوج يمنع ثبوت الحل للمشتري، فلم يرتفع الحل الموقوف.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ط، و، ب.

الفصل السادس عشر في المهر

٣٧٨٢ - هذا الفصل يشتمل على أنواع: نوع منه في بيان ما يصلح مهراً، وفي بيان مقداره، وكميته، قال الكرخي رحمه الله تعالى في كتابه. المهر لا يكون إلا ما هو مال، أو ما يوجب تسليم مال، فإن سمى في العقد مالاً، كان المملوك بالعقد مضموناً بالمسمى، وإن لم يسمّ كان مضموناً بمهر المثل، حتى لو مات عنها قبل الدخول بها وجب مهر المثل عندنا، بناء على أن النكاح لم يشرع إلا معاوضة البضع بالمال عندنا؛ لأن الأصل فيه قوله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَالِكُم﴾[1] أحلّ ما وراء المحرمات بشرط الابتغاء بالمال، وإذا سمى في العقد ما هو معدوم في الحال، بأن تزوّجها على ما يثمر نخيله العام، أو على ما تخرج أرضه العام، أو على ما يكتسب غلامه، لا يصح التسمية، وكان لها مهر المثل؛ لأن المعدوم لا يوصف بالمالية، ولا يصح ذكره مهراً، وكذا إذا سمى ما ليس بمال للحال من كل وجه، بأن تزوّجها على ما في بطون غنمه، أو على ما في بطن جاريته لا يصح التسمية، وكان لها مهر المثل، وكذا لو تزوّجها على طلاق امرأة أخرى، أو عفو عن القصاص، فلها مهر المثل [لأن المسمى ليس بمال][2].

٣٧٨٣ - وإذا زوّجها على أن لا مهر لها صح النكاح. ووجب لها مهر المثل، والنساء التي يعتبر مهرها بمهورهن قوم أبيها، وأخواتها لأبيها وأمها، أو لأبيها وعماتها، وبنات عمها، ولا يعتبر مهرها بمهر أمها وقوم أمها، إلا أن تكون أمها من قوم أبيها، بأن كانت بنت عم أبيها، فحينئذ يعتبر مهرها، لا لأنها [قوم][3] أمها، بل لأنها بنت عم أبيها، وإنما يعتبر من عشيرتها من هي مثلها في الحسن، والجمال، والسن [والمال][4]، والبكارة، وكذلك يعتبر أن تكون تلك المرأة [من بلدتها؛ لأن المهر يختلف باختلاف البلدان، ومن المشايخ من قال: لا يعتبر][5]

---

(١) النساء: ٢٤.

(٢) أثبت من النسخ الموجودة عندنا.

(٣) هكذا في م.

(٤) أثبت من ب و ف.

(٥) وفي ب: يعتبر.

والجمال في المرأة إذا كانت [1] من أهل بيت الشرف والحسب، فإذا لم يوجد من قوم أبيها امرأة بهذه الصفة، ذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى في أول باب المهر: أنه يعتبر مهرها بمهر مثلها من الأجانب في بلدها، ولا يعتبر بمهر مثلها من قوم [أمها] [2]، وذكر هو أيضاً في مسألة اختلاف الزوجين في هذا الباب: أن على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز تقدير مهرها بأقرانها [3] من الأجانب، فكان المذكور في أول الباب قولهما. وإذا تزوج امرأة، ولم يسم لها مهراً، ثم سمى لها مهراً، أو [فرض لها مهراً أو] [4] رافعته إلى القاضي ففرض لها مهراً، صار ويكون ذلك تقديراً لمهر المثل.

٣٧٨٤- وفي «الفتاوى»: سئل أبو القاسم رحمه الله تعالى عن امرأة زوّجت نفسها بغير مهر، وليس بها [مثل] [5] في قبيلة أبيها في المال والجمال؟ قال: ينظر إلى قبيلة أخرى مثل قبيلة أبيها، فيقضى لها بمهر مثلها من نساء تلك القبيلة، وإنما يعتبر حالها في السن والجمال حالة التزوج.

٣٧٨٥- وفي المهر حقوق ثلاثة [6]: حق الشرع وهو أن لا يكون أقل من عشرة، وحق الأولياء وهو أن لا يكون أقل من مهر مثلها، وحق المرأة وهو كونه ملكاً لها، غير أن حق الشرع وحق الأولياء يعتبر وقت العقد لا في حالة البقاء، حتى لو زوّجت نفسها من رجل بعشرة ثم أبرأته عن كلها أو عن بعضها، جاز.

٣٧٨٦- وكذلك إذا زوّجت نفسها من رجل بمقدار مهر مثلها، ثم أبرأته عن كله أو عن بعضه، لا يكون للأولياء حق الاعتراض. وعن هذا قلنا: إذا تزوّجها على ثوب قيمته ثمانية دراهم، فلم يقبضه حتى صارت قيمته عشرة، فلها الثوب ودرهمان، ولو كانت قيمة الثوب عشرة، فلم تقبضه حتى صارت قيمته ثمانية، فلها الثوب لا غير؛ لأن في الوجه الثاني حق الشرع صار مقضياً، إذ قيمة الثوب وقت العقد كانت عشرة، فالانتقاص بعد ذلك لا يضر

(1) هكذا في «ظ» و«ب» و«م».

(2) هكذا في النسخ التي توفرت لنا، وكان في الأصل: أبيها.

(3) وفي «ب» و«ف»: بأقاربها.

(4) أثبت من النسخ التي توفرت لنا.

(5) هكذا في النسخ التي عندنا، وكذا في الأصل: [illegible].

(6) وفي «ف»: ثلاثة: حق الشرع، حق الأولياء، حق المرأة... إلخ.

مال، ولهذا لا يضمن في الغصب، وإنما يظهر لها حكم المالية والتقوم بالعقد شرطًا ضرورة الحاجة إليها. فإذا لم يصح التسليم بالعقد لا تندفع به الحاجة، فبقي حكم الأصل، فلم تظهر المالية والتقوم، فيجب مهر المثل. وفي «المنتقى» عن محمد رحمه الله تعالى: أنه إذا تزوجها على خدمة نفسه يجوز، ولو تزوجها على خدمة عبده سنة جاز بلا خلاف.

2790- وإذا تزوجها على هذا العبد وهو ملك الغير، أو على هذه الدار وهي ملك الغير، فالنكاح جائز، والتسمية صحيحة، فتسمية مال الغير صداقًا صحيح؛ لأن المسمى مال متقوم، وبعد ذلك ينظر إن أجاز صاحب الدار وصاحب العبد ذلك، فلها عين المسمى، وصار الجواب في النكاح متى أجاز المستحق التسمية نظير الجواب في البيع. وإن لم يجز المستحق لا يبطل النكاح، ولا التسمية، حتى لا يجب مهر المثل، وإنما يجب قيمة المسمى بخلاف البيع، فإن في باب البيع متى لم يجز المستحق التسمية، ينفسخ البيع من كل وجه، حتى لا يجب قيمة المسمى.

2791- في «المنتقى»: ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل تزوج امرأة على عبد ابنها، فلها مهر مثلها، ولم يجعل هذا بمنزلة من تزوج امرأة على عبد [1] غيره؛ لأن الذي له العقد لو أجاز كان جائزًا، وليس كذلك المرأة.

2792- وفيه أيضًا: إذا تزوج امرأة على عبده ودفعه إليها، فوهبته للزوج ثم استحق، فالمرأة ترجع على الزوج بقيمة العبد. وفي «الأصل»: إذا تزوجها على شيء بعينه، وهلك قبل التسليم، أو استحق، فإن كان ذلك من ذوات الأمثال رجعت على الزوج بالمثل، وإلا فالقيمة.

2793- وإذا تزوجها على ألف درهم على أن ترد ألفًا عليه، فلها مهر المثل؛ لأن الألف المشروط يقابله الألف المسمى، حتى لا يؤدي إلى الربا، فبقي النكاح بلا تسمية. ولو تزوجها على ألف درهم على أن ترد عليه مائة دينار، يقسم الألف على مائة الدينار، وعلى مهر مثلها، فما أصاب الدنانير كان صرفًا يشترط فيه التقابض في المجلس، وما يخص مهر المثل يكون صداقًا، وكذلك إذا تزوجها على ألف درهم على أن ترد عليه عبدًا بعينه وهو جائز، ويقسم الألف على قيمة العبد، ومهر مثلها، فما أصاب قيمة العبد يكون شراء؛ حتى إذا مات العبد قبل التسليم، أو وجد الزوج به عيبًا بطل ذلك القدر، وما أصاب مهر مثلها، فهو صداقها. والله أعلم.

---

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

نوع آخر
[في المهر][1] يدخله الجهالة:

الأصل أنّ جهالة المسمّى إذا كانت جهالة جنس تمنع صحة التسمية، ويجب مهر المثل، وإن كانت جهالة صفة لا يمنع صحة التسمية، وللمرأة الوسط من ذلك.

٣٧٩٤- بيان الأول: إذا تزوّج امرأة على دابة، أو ثوب، فلها مهر مثلها بالغًا ما بلغ[2]، وكذلك إذا تزوّجها على دار؛ لأنّ المسمّى مجهول الجنس، والثياب أجناس مختلفة لاختلاف أصولها من القطن، والكتّان، والخز[3]، والإبريسم، وكذلك الدابة؛ لأنّ اسم الدابة يقع على الخيل، والبغال، والحمير، وإنها أجناس، وكذلك الدار؛ لأنها في معنى الأجناس المختلفة، لأنها تختلف باختلاف البلدان والمحال [وباختلاف][4] الضيق، والسّعة، وكثرة المرافق وقلّتها.

٣٧٩٥- وأما بيان الثاني: إذا تزوّج امرأة على عبد، أو ثوب هروي ولم يصف، فالتسمية صحيحة، ولها الوسط من ذلك نظرًا للجانبين، والزوج بالخيار إن شاء أعطاها الوسط، وإن شاء أعطاها القيمة؛ لأنّ الوسط لا يعرف إلا بالقيمة فتسليم القيمة تسليم ما هو المستحق[5] بالعقد، فصارت القيمة أصلا في التسليم، والوسط من العبد في زماننا أدنى تركي، وأرفع هندي، ويعتبر في هذا الوسط على قدر غلاء السعر والرخص عندهما وهو الصحيح، وهذا إذا ذكر الثوب والعبد مطلقًا من غير مضاف إلى نفسه، أما إذا ذكره مضافًا إلى نفسه، بأن قال: تزوّجتك على عبدي، أو قال: على ثوبي، ليس له أن يعطي القيمة؛ لأنّ الإضافة من أسباب التعريف كالإشارة، ولو كان الثوب أو العبد مشارًا إليه في العقد، ليس له أن يعطيها القيمة، فكذا المضاف[6]. المسألة مذكورة في "السير" في أبواب الأمان.

٣٧٩٦- ولو تزوّجها على ثوب موصوف، فكذلك الجواب في ظاهر الرواية، للزوج الخيار إن شاء أعطاها عين الثوب، وإن شاء أعطاها القيمة. وروي عن أبي حنيفة رحمه الله

---

(١) أثبت من "ف" و"ظ".

(٢) وفي "م": بالغا ما بلغ؛ لأن المسمى مجهول.

(٣) وفي "ظ": الفز.

(٤) أثبت من "ف" و"ب".

(٥) وفي "ظ": المسمى.

(٦) وفي النسخ التي عندنا: فكذا ههنا.

تعالى أنه يجبر على تسليم عين الثوب، وهو قول زفر رحمه الله تعالى؛ لأن الثوب بذكر الصفة يلحق بذوات الأمثال، ألا ترى أنه يجوز السلم فيه؟ وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه إن ذكر الأجل مع ذلك يجبر على التسليم، وإن لم يذكر الأجل كان للزوج الخيار؛ لأنه إذا ذكر الأجل صار نظير السلم، فيجبر على التسليم كما في السلم، وذكر البقالي: أن في الثياب الموصوفة روايتين.

٣٧٩٧- ولو تزوجها على كرّ حنطة ولم يصف، فإن شاء أعطى كرًا وسطًا، وإن شاء أعطى القيمة، وروى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يجبر على تسليم الكرّ، وهو قول زفر، بخلاف العبد على هذه الرواية، وأن هناك لا يجبر على تسليم العبد مع أن الواجب في الصورتين جميعًا الوسط؛ لأن العبد ليس من ذوات الأمثال، وطريق معرفة الوسط منه القيمة، فكانت القيمة أصلا في التسليم، ولا كذلك الحنطة؛ لأنها من ذوات الأمثال، فيمكن معرفة الوسط منها بدون القيمة، فلم تكن القيمة أصلا في التسليم ثمة، والجواب في سائر المكيلات والموزونات نظير الجواب في الحنطة.

٣٧٩٨- وإذا تزوجها على شيء مما يكال أو يوزن، فسمى منه كيلا أو وزنًا معلومًا من صنف معلوم، فلها ما سمى من ذلك، وإن جاء بقيمته دراهم أو دنانير لم تجبر المرأة على القبول، بخلاف الحيوان والثوب الهروي، هكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى. وفي "النوازل": إذا تزوجها على مكيل ووصفه، بحيث يكفي مثله في السلم لا يجبر على قبول القيمة، وإن قصّر في الوصف، وترك شيئًا مما يشترط في السلم أجبرت على قبول القيمة، وهو قول زفر. ولو تزوجها على بيت، فاسم البيت في عرفنا ينصرف إلى المبني من المدر، وإنه لا يصلح صداقًا إذا لم يكن بعينه. وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله تعالى: إذا تزوجها على ألف رطل خل، فإن كان الغالب في ذلك البلد خلّ التمر فهو عليه [وإن كان الغالب خلّ الخمر، فهو عليه][1].

٣٧٩٩- وكذلك لو تزوجها على كذا رطل لبن، فهو على الغالب من ذلك، وإن لم يكن واحد منها غالبًا، فلها مهر المثل؛ لأن هذين جنسان[2]، ألا ترى أنه لو اشتراه على أنه خلّ خمر، فإذا هو خلّ تمر كان البيع فاسدًا.

---

(١) أثبت من "ب" و "م".

(٢) وفي "م": جنس مختلفان.

٣٨٠٠- ولو تزوجها على كُرِّ بُرٍّ، فلها كُرٌّ بُرٌّ وسط؛ لأن هذا جنس واحد.

٣٨٠١- وفي المنتقى: قال محمد رحمه الله تعالى: قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: إذا تزوج امرأة على مائة من الحق في هذه الدار، قال: أقضي لها بمهر المثل، إلا إذا جاوز به قيمة الدار، ولو تزوجها على ما كان له من الحق في الدار فأجيزه إذا بلغ ذلك عشرة.

٣٨٠٢- وفي المنتقى أيضًا: عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: إذا تزوجها بنصيبه من هذه الدار، فلها الخيار إن شاءت أخذت النصيب، وإن شاءت أخذت مهر المثل، لا يجاوز به قيمة الدار. وفيه أيضًا: إذا تزوجها على دراهم ولم يسم كم هي، فلها مهر مثلها، قال: ولا يشبه هذا الخلع، ولو قال: تزوجتك على ثوب يساوي خمسين درهمًا، فلها مهر المثل. وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: إذا تزوجها على قيمة هذا الثوب، فلها مهر المثل.

٣٨٠٣- إبراهيم بن رستم عن محمد رحمه الله تعالى: إذا تزوجها على ألف، فهذا على الأقرب إلى مهر مثلها من الدراهم والدنانير، وإذا تزوجها على ألف دينار، ولم يسم نيسابورية، أو بخارية، أو مكية، فقد قيل: يجب مهر المثل؛ لأن اسم الدينار يقع على جميع هذه الأنواع، فكان المسمى مجهولًا، وقيل: لها الوسط، وهو المختار؛ لأن هذه نوع جهالة، فلا يمنع صحة التسمية، وينصرف إلى الوسط[1]، كما في العبد والثوب الهروي. وفي الجامع الأصغر: إذا تزوجها على ألف درهم، وفي البلد نقود مختلفة، ينصرف إلى الغالب، وإن لم يكن نظر[2] إلى مهر مثلها وإلى تلك النقود، فإن وافق مهر المثل حكم لها به.

نوع آخر:

٣٨٠٤- وإذا تزوجها على ناقة من إبله هذه، فلها مهر مثلها في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يعطيها ما شاء من تلك الإبل، وروى عنهما بشر في نوادره، وكذا لو تزوجها على ملء هذا البيت، أو هذا الجوالق[3]، أو هذا الزنبيل حنطة، فلها مهر المثل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لها

---

(١) وفي م: وينصرف إلى الوسط، وعلى قياس المسألة التي قبلها، ورد ما يجب أن يقال: نظر إلى أقوالها إلى مهر مثلها.

(٢) وفي ظ: ينظر.

(٣) الجوالق: بكسر الجيم واللام، وبضم الجيم وفتح اللام وكسرها - معرب، وعاء، كذا في القاموس المحيط/ الفيروزآبادي.

المسمّى، فقد ضاع الزبيب أو تحوّل، صدّق في مقداره.

٣٨٠٥ - قال في المنتقى: عقيب مسألة الزبيل: وكذلك لو تزوّجها بوزن هذا الحجر، أو بملء هذا العدد، أو بجميع ما يملك، أو على مهر فلانة. وإن تزوّجها على حكمها، أو حكم أجنبي، أو حكمه(1) فالتسمية فاسدة. وبعد ذلك ينظر إن شرط حكمه فحكم بمهر المثل أو أكثر، فلها ذلك، وإن حكم بأقل، فلها مهر المثل، إلا أن ترضى المرأة، وإن شرط حكمها، فحكمت بمهر المثل أو أقل، فلها ذلك، وإن حكمت بالأكثر، فلها مهر المثل، إلا أن يرضى به الزوج، وإن شرط حكم أجنبي، فإن حكم بأقل من مهر المثل لم يجز إلا برضى المرأة، وإن حكم بأكثر من مهر المثل لم يجز إلا برضى الزوج، وإن حكم بمهر المثل جاز حكمه، ولا يتوقف على الرضا.

نوع منه فيما إذا سمّى لها مالاً، وضمّ إليه ما ليس بمال:

٣٨٠٦ - قال في «الأصل»: إذا تزوّجها على ألف، وعلى أرطال معلومة من الخمر، فليس لها إلا [الألف؛ لأن ذكر الخمر](2) جعل كالمعدوم، فكأنه تزوّجها على ألف، ولو تزوّجها على أقل من عشرة، وعلى أرطال من خمر معلومة، بأن تزوّجها على خمسة، أو على ستة أرطال معلومة من خمر، فلها تمام عشرة دراهم؛ لأن ذكر الخمر جعل كالمعدوم، فكأنه تزوّجها على خمسة.

٣٨٠٧ - ولو تزوّجها على هذا الدنّ من الخمر، وقيمة الظرف عشرة، فعن محمد رحمه الله تعالى في ذلك روايتان. أحدهما: أنه يجب لها الدنّ لا غير؛ لأنه جمع بين ما يصلح مهراً وبين ما لا يصلح مهراً، فهو كما لو جمع بين الخلّ والخمر على ما يأتي بيانه بعد هذا - إن شاء الله تعالى -.

وفي رواية أخرى عنه: أنه يجب مهر المثل؛ لأن الظرف لا يقصد بالعقد، وإنما يقصد ما فيه، وقد لغت تسمية ما فيه(3)، فيلغو تسمية الظرف بطريق التبعية.

٣٨٠٨ - إذا تزوّجها على ألف درهم، وعلى طلاق فلانة، وقع الطلاق على فلانة بنفس

(1) وفي م: أو حكم الزوج.

(2) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م.

(3) وفي النسخ التي عندنا: ما في الظرف.

العقد، بخلاف ما إذا تزوّجها على ألف وعلى أن يطلق فلانة؛ لأنّ في الفصل الأول أوجب الطلاق عوضًا بالعقد، والعوض ثبت بنفس العقد، وفي الفصل الثاني ما أوجب الطلاق عوضًا، وإنما شرط التطليق، فلا يقع الطلاق ما لم يطلّق.

٣٨٠٩- ثم إذا شرط التطليق ولم يطلّق فلانة، كان لها تمام مهر مثلها؛ لأنها إنما رضيت بالنقصان عن مهر المثل، ليحصل لها منفعة طلاق الضرة، فإذا لم يسلم لها ذلك كان لها تمام مهر مثلها

٣٨١٠- كما لو تزوّجها على ألف درهم وكرامتها، أو تزوّجها على ألف درهم وعلى [أن يهدي لها هدية، فلم يف بالشرط، والمعنى ما ذكرنا، وكذلك في كل شرط لها فيه منفعة إذا لم يف الزوج بالمشروط، ولو تزوّجها على ألف درهم وعلى][1] طلاق ضرتها فلانة، وعلى أن ردّت عليه عبدًا، وقع الطلاق بنفس العقد، وانقسم الألف والطلاق على بضعها وعلى العبد؛ وهذا لأنّ الزوج بذل شيئين: الألف والطلاق، والمرأة بذلت شيئين أيضًا: البضع، والعبد، فانقسم الطلاق والألف على البضع، وقيمة العبد، فإن كان قيمة العبد وقيمة البضع سواء، كان نصف [الألف ونصف][2] الطلاق عوضًا عن العبد ثمنًا، ونصف الألف ونصف الطلاق عوضًا عن البضع صداقًا لها، وينقسم البضع والعبد في[3] الطلاق والألف أيضًا، وصار بمقابلة الطلاق نصف العبد ونصف البضع، وبمقابلة الألف نصف العبد ونصف البضع.

ويكون طلاق فلانة في هذه الصورة بائنًا؛ لأنّ بمقابلة الطلاق نصف العبد ونصف البضع، فيكون طلاقًا بجعل، ثم إنا جعلنا نصف العبد ونصف البضع بمقابلة الطلاق؛ لأنّ المجهول إذا انقسم إلى المعلوم، فالانقسام باعتبار الذات دون القيمة، وجعل الطلاق الذي ليس بمتقوّم ولا بمقدّر متقوّمًا ومقدّرًا بانضمام ما هو متقدّر ومتقوّم إليه، فإن استحق العبد أو هلك قبل التسليم، رجع بخمسمائة حصة العبد، ورجع بنصف قيمة العبد أيضًا؛ لأنّ نصف العبد بمقابلة نصف الطلاق، واستحقاق الجعل أو هلاكه قبل التسليم يوجب قيمته على ما كان ملتزمًا تسليمه.

٣٨١١- وإن كان تزوّجها على ألف وعلى أن يطلّق ضرّتها فلانة على أن ردّت عليه

---

(١) ما بين الحاصرتين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط وم وف.

(٢) أثبت من ب.

(٣) وفي [illegible] على مكان في

عبداً، فهما لا يقع الطلاق على الضرّة ما لم يطلّقها، وصار نصف الألف صداقها، والنصف ثمن العبد إذا كان قيمة البضع وقيمة العبد على السواء، فبعد ذلك ينظر إن وفى لها الشرط بأن طلّق فلانة، فلها الخمسمائة لا غير، وإن لم يطلّق فلانة، فلها تمام مهر مثلها؛ لأنها إنما نقصت عن مهر المثل رغبة في طلاق ضرّتها، فعند عدم حصول المرغوب كان لها تمام مهر مثلها.

نوع آخر في الرجل يتزوّج المرأة على مهر فيوجد على خلاف ما سمّى:

٣٨١٢- قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: إذا تزوّج امرأة على عبد معين، أو دنّ من خلّ معينة، أو شاة ذكية معينة [فوجد العبد حرّاً، والخلّ خمراً، والشاة ميتة][1]، فلها مهر المثل في جميع ذلك. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: [التسمية صحيحة في جميع ذلك، ولها في مسألة العبد قيمة الحر المشار إليه إن كان عبداً، وفي مسألة الشاة قيمة المشار إليه لو كانت ذكية، وفي مسألة الخمر مثل ذلك الدنّ خل وسط، هكذا ذكر في "الأصل".

وفي "القدوري": ذكر أنّ على قول أبي يوسف في مسألة العبد][2] لها مثل ذلك الحر لو كان عبداً، ومثل ذلك الدنّ من خل وسط، ومثل تلك الشاة ذكية. وقال محمد رحمه الله تعالى: في الحرّ والميتة كما قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى، وفي الخمر كما قال أبو يوسف رحمه الله تعالى. وهذه المسألة في الحاصل بناء على أصل معروف في البيوع: أنّ الإشارة والتسمية[3] إذا اجتمعتا، والمشار إليه من خلاف جنس المسمى، فالعبرة للتسمية، وأما إذا كان المشار إليه من جنس المسمى، إلا أنهما يختلفان وصفاً، فالعبرة للإشارة، بعد هذا قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: الحرّ مع العبد، والخلّ مع الخمر جنسان مختلفان؛ لأنّ أحدهما مال يصلح صداقاً [والآخر ليس بمال ولا يصلح صداقاً][4]، فتعلّق الحكم بالتسمية، والمسمى مال، واعتبرت الإشارة لبيان وصف المسمى، كأنه قال: على مثل هذا العبد عبد في الوصف، وكذا في الخلّ والشاة.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل والإثبات من ظ و م و ب.

(٢) أثبتت من م.

(٣) وفي ف و ب: جميع النسخ.

(٤) أثبت من ظ و م.

ومحمد رحمه الله تعالى يقول: الخلّ مع الخمر جنسان مختلفان؛ لأنّ المطلوب من كل واحد منهما غير المطلوب من الآخر فأما الحرّ مع العبد جنس واحد؛ لأنّ منفعة الحرّ والعبد تحصل على نمط واحد، فكانت العبرة للإشارة، والمشار إليه لا يصلح مهراً، فصار كأنه قال: تزوّجتك على هذا وسكت. وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: اختلاف الجنس باختلاف الصورة والمعنى، وصورة الخلّ والخمر واحدة، فبقي معنى المجانسة من وجه، فلم يسقط حكم الإشارة، فيجب مهر المثل.

٣٨١٣- ولو سمّى حراماً وأشار إلى حلال، بأن قال: تزوّجتك على هذا الخمر، وأشار إلى الخلّ، أو قال: تزوّجتك على هذا الحرّ، وأشار إلى حلال، بأن قال: تزوّجتك على هذا العبد، فلها المشار إليه في ظاهر قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى اعتباراً للإشارة. وروى محمد رحمه الله تعالى عن أبي حنيفة أنه يجب مهر المثل؛ لأنه هزل بالتسمية، فسقط حكم التسمية أصلاً. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنّ لها المشار إليه. وعن محمد: أنّ لها المشار إليه، وفي رواية أخرى عنه أنّ لها مهر المثل، ولو جمع بين حرّ وعبد، أو خلّ وخمر، فقد روى أبو يوسف رحمه الله تعالى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: أنّ لها الحلال المشار إليه لا غير. وفي رواية أخرى عنه: إذا كان الحلال أقلّ من مهر المثل، فإنه يبلغ مهر المثل، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لها العبد وقيمة الحرّ لو كان عبداً، وقال محمد: لها الحلال المسمّى لا غير.

٣٨١٤- وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله تعالى: وعن تزوّج امرأة على شيء، وأشار إلى شيء بعينه، وسمّى شيئاً سواه، وكان جميعاً حلالاً، فلها مثل الذي سمّى؛ وإن كان أحدهما حراماً، أما الذي سمّى، وأما المشار إليه، فلها مهر مثلها. قال: ولا يشبه[1] إذا كانا حلالين، أو كان أحدهما حراماً، ومعنى قوله في ابتداء المسألة: أشار إلى شيء بعينه وسمّى شيئاً سواه: وسمّى نوعاً آخر، والحاصل أنّ في النوعين يعتبر المسمّى على ما ذكرنا، فإذا كانا حلالين يجب مثل المسمّى، وإذا كان أحدهما حراماً يجب مهر المثل.

بيانه: إذا تزوّجها على هذا الثوب الهروي، فإذا هو مروي، فلها ثوب هروي مثل الجودة التي رأته، وكذا إذا تزوّجها على هذا الدنّ من الخلّ فإذا هو طلاء، فلها خلّ مثل تلك الطلاء. وإن قال على هذا الدنّ من الخمر فإذا هو خلّ، فلها مهر مثلها، قال: لأني جعلته على

---

(١) وفي "التاتارخانية": ولا يشبه.

بالتسمية، إذ هما نوعان، وهو إحدى الروايتين عن محمد رحمه الله تعالى على ما ذكرنا. ولو تزوّجها على هذه الشاة الميتة، فإذا هي ذكية أو هي حية، قال: هذا نوع واحد، فيقع العقد على المشار إليه، ولا يعتبر فيه التسمية، فإن كان المشار إليه ميتة، فلها مهر مثلها، وإن كان قد سمى ذكية، وإن كان المشار إليه ذكية أو حيّة، فلها ذلك، وإن كان قد سمّى ميتة.

٢٨١٥- ذكر الحسن عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في كتاب الاختلاف: إذا تزوّج امرأة على عبد وهو لا يعلم حاله[1]، فإذا هو حرّ، فلها قيمته، وإن كانت تعلم أنه حرّ، فلها مهر مثلها، وإن كان مدبرًا، أو مكاتبًا، أو أم ولد وهي تعلم ذلك أو لا تعلم، وكان مشكلا وقت العقد، فلها قيمته. وفي "نوادر إبراهيم"[2] عن محمد رحمه الله تعالى: إذا تزوّج امرأة على هذه الشاة، فإذا هي خنزير، فلها مهر مثل في قول أبي حنيفة، وقول أبي يوسف رحمهما الله تعالى: عليه قيمة شاة وسط. وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله تعالى: إن عليه شاة وسطًا.

٢٨١٦- وقال محمد في [الإملاء][3]: إذا تزوّجها على هذه الشاة فإذا هي خنزير، أو على هذا الخنزير فإذا هو شاة، وهي تعلم حال المشار إليه[4]، فالنكاح على المشار إليه، ولا يعتبر فيه التسمية، فبعد ذلك ينظر إن كان المشار إليه حلالا، فلها ذلك مهرًا، وليس لها غير ذلك، وإن كان حرامًا، فلها مهر مثلها. قال: ألا ترى أنّ رجلا لو قال لآخر: أبيعك هذا الخنزير بألف، وأشار إلى الشاة، وهما يعلمان أنها شاة، فالبيع جائز. وكذلك إذا قال الرجل لغيره: أبيعك هذا الحرّ بألف، وأشار إلى عبد، وهما يعلمان أنه عبد، فالبيع جائز. وإن كان مشكلا فالبيع باطل في قولهم.

٢٨١٧- وهذه المسألة مع أجناسها بناء على الأصل أن[5] الإشارة مع التسمية إذا اجتمعا، والمشار إليه من خلاف جنس المسمّى، فإنه يتعلق العقد بالمسمّى، إذا لم يعلم

---

(١) وفي التاتارخانية: وهي لا تعلم حاله، ولعله هو الصحيح.

(٢) وفي "ب" و"ف": وفي نوادر ابن إبراهيم.

(٣) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: الأصل.

(٤) وفي "م" و"ف": وهي تعلم بحال المشار إليه.

(٥) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: على أن أصل الإشارة ... بالغ

المتعاقدان بحال المشار إليه [أي إذا علم المتعاقدان بحال المشار إليه](1)، فالعقد يتعلق بالمشار إليه، ومسائل هذا الأصل مذكورة في "الزيادات" في باب الوكالة بالشيء يكون على غير ما(2) أمر به.

٣٨١٨- وفي "المنتقى": عن محمد رحمه الله تعالى: إذا تزوج امرأة على أرض وحدّها على أن فيها عشرة أجربة، فقبضتها المرأة فإذا هي ستة أجربة، وكان ذلك فيما لا يذرع مثله، فلها الخيار إن شاءت أخذت الأرض، ولا شيء لها غيرها، وإن شاءت ردت الأرض، وأخذت قيمتها في ذلك الموضع، ولو كانت عشرة أجربة، وإن كانت المرأة قد باعت هذه الأرض، أو وهبتها وسلمتها، ثم علمت أنها ستة أجربة فلا شيء لها غير الأرض؛ لأن الزوج يقول لها: ردي الأرض وخذي قيمة عشرة أجربة، وكذلك اللؤلؤ إذا انتقصت من وزنها، والثوب إذا انتقصت من [ذراعها](3)، ولو لم تكن باعتها، ولا وهبتها، ولكن غلب عليها دجلة أو غيرها من الأنهار، فجرى فيها وصارت مستهلكة، ثم علمت أنها ستة أجربة رجعت على الزوج بتمام قيمة الأرض، وكذلك إذا تزوجها على عشرة أثواب هروية بأعيانها، على أن كل ثوب منها عشاري، فوجدت كلها سباعيا، فهي بالخيار إن شاءت أخذتها، وإن شاءت ردتها، وأخذت قيمتها لو كانت عشارية على مثل حالها التي هي عليه، فإن وجدت كلها عشارية إلا أن واحدة منها سباعية(4)، فهي بالخيار إن شاءت أخذت الثياب ولا شيء لها غيرها، وإن شاءت أخذت الثياب العشارية وردت الثوب الذي وجدته سباعيا، وأخذت قيمته لو كان عشاريا على مثل رقعته وجودته.

٣٨١٩- وإذا تزوج امرأة على أرض على أن فيها ألف نخلة وحددها، أو تزوجها على دار وحددها على أنها مبنية بالآجر والجص والساج، فإذا الأرض لا نخل فيها، وإذا الدار لا بناء فيها فهي بالخيار إن شاءت أخذت الدار والأرض، ولا شيء لها غير ذلك، وإن شاءت أخذت مهر مثلها، وإن طلقها قبل أن يدخل بها لا شيء لها(5) إلا نصف الأرض ونصف الدار [على ما

---

(1) أثبت من ف، م.

(2) وفي ف: على غير ما أمر به.

(3) هكذا في ف، م، وكان في الأصل و ف: زراعها.

(4) وفي ف، م: إلا واحدة منها سباعية، فهي بالخيار.

(5) وفي النسخ الموجودة هاهنا: فإن لم يدخل بها لم يكن لها إلا نصف الأرض.

وجدتها عليه، إلا أن تكون أكثر من ذلك فيكون الخيار للمرأة، إن شاءت أخذت نصف الأوفى أو نصف الدار[١]، ولا شيء لها غير ذلك، وإن شاءت أخذت المتعة.

نوع آخر في الشروط في المهر:

٣٨٢٠- إذا تزوّج امرأة على ألف درهم، أو على ألفي درهم، فالنكاح جائز، ويحكم مهر المثل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ فإن كان مهر مثلها ألفًا أو أقل، فلها الألف، وإن كان ألفين أو أكثر، فلها ألفان، وإن كان أكثر من ألف وأقل من ألفين، فلها مهر مثلها، والحاصل أنّ عنده لا ينقص عن الأقل، ولا يزاد على الأكثر، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لها الألف في الوجوه كلها.

وهذه المسألة بناء على أن الموجب الأصلي في باب النكاح عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى مهر المثل، وإنما يصار إلى المسمّى عند صحة التسمية من كل وجه، وعندهما الموجب الأصلي المسمّى، وإنما يصار إلى مهر المثل عند فساد التسمية من كل وجه، وعلى هذا الأصل مسألة ذكرها محمد رحمه الله تعالى في "الجامع الكبير".

٣٨٢١- وصورتها: إذا تزوّج امرأة على ألف حالّة، أو على ألف إلى سنة، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يحكم مهر المثل، فإن كان مهر مثلها ألف درهم أو أكثر، فلها الألف حالّة، وإن كان أقل من الألف، فلها الألف إلى سنة، وعلى قولهما: لها الألف إلى سنة على كل حال؛ وهذا لأنّ تأثير الأجل في نقصان المالية، ولهذا كان التجار يشترون بالنقد بأقل مما يشترون بالنسيئة، ولما كان هكذا كان التزوّج على ألف حالّة أو ألف نسيئة، بمنزلة التزوّج على ألف أو ألفين، وهناك الجواب على الاختلاف [كذا ههنا][٢].

٣٨٢٢- ولو كان تزوّجها على ألف حالّة أو على ألفين إلى سنة، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: إن كان مهر مثلها ألفي درهم أو أكثر، كانت المرأة بالخيار إن شاءت أخذت ألفي درهم إلى سنة، وإن شاءت أخذت ألفًا حالّة؛ لأنّ المرأة رضيت بالنقصان عن مهرها على كل حال. بعد هذا نقول: الألف أزيد وصفًا، وأنقص قدرًا، والألفان أزيد قدرًا وأنقص وصفًا؛ لما مرّ أنّ المؤجل أنقص من الحالّ، والإنسان مرة يختار هذا لتعجّل، ومرة يختار ذلك

---

(١) أثبت من "ب" و"ظ" و"م".

(٢) أثبت من "ف" و"ب" و"م".

لكثرته، وإن كان مهر مثلها أقلّ من ألف، فالخيار إلى الزوج يعطيها أيّ المالين شاء؛ لأنه التزم إحدى الزيادتين، وكان له الخيار كما في جانب المرأة، وإن كان مهر مثلها أكثر من ألف، وأقلّ من ألفين، فلها مهر مثلها في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، لما ذكرنا أنه إنما يعدل عن مهر المثل عنده عند استقرار التسمية، وعندهما الخيار إلى الزوج في الوجوه كلها؛ لأنه لا يلزمه [إلا][1] الأقل، والأقل مما يختاره الزوج.

فرّق أبو حنيفة رحمه الله تعالى بين هذا وبين الخلع على ألف أو ألفين، والإعتاق على ألف أو ألفين، فإن هناك جوابه كجوابهما، والفرق: أنه ليس للخلع موجب أصلي فيصار إليه، فيجب المتيقّن من المسمّى، والنكاح له موجب أصلي، وهو مهر المثل لا يعدل عنه [إلا عند][2] استقرار التسمية.

٣٨٢٣- إذا تزوّجها على ألف إن لم يكن له امرأة، وعلى ألفين إن كانت له امرأة، أو على ألف إن لم يخرجها من البلدة، وعلى ألفين إن أخرجها من البلدة، فالنكاح جائز، والمعتبر في المهر الشرط الأول، فإن وفى به، فلها المسمّى على ذلك الشرط، وإن لم يف، فلها مهر المثل لا ينقص عن الأقل، ولا يزاد على الأكثر، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: الشرطان جائزان. وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا تزوّج امرأة على ألف إن كانت قبيحة، وعلى ألفين إن كانت جميلة [فإن كانت جميلة، فلها ألفان، وإن كانت قبيحة][3]، فلها ألف، وهذا بلا خلاف.

٣٨٢٤- فرّق أبو حنيفة رحمه الله تعالى بين هذا وبين ما إذا تزوّجها على ألف إن أخرجها من البلدة، وعلى ألفين إن لم يخرجها، فإن الشرط الأول جائز عنده، والشرط الثاني فاسد. والفرق: أن في مسألة الإخراج دخلت المخاطرة في التسمية الثانية، فإنه لا يدري أن الزوج يخرجها أو لا يخرجها، وفي مسألة القبح والجمال لا تدخل المخاطرة أصلاً، فإن المرأة على صفة واحدة قبيحة كانت أو جميلة، لكن الزوج لا يعرف، وجهالته [لا يوجب خطراً][4].

....

(١) أثبت من ف و م.

(٢) هكذا في ب و ف و م، وكان في الأصل و ط: عقد.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ف و م و ف.

(٤) أثبت من باقي النسخ التي عندنا.

درهم فقبل الزوج، فالمهر كله على الزوج، والأب ضامن عنه ألف درهم، فإن أخذت المرأة ذلك من أبيه، أو من ميراثها كان للأب أو لورثته أن يرجع بذلك على الزوج؛ لأن قول الأب إن ألف درهم[1] من مالي بمنزلة الضمان من ذلك[2]، والزوج لما قبل العقد بالمهر فقد أجاز ذلك الضمان، فصار كأنه أمره به.

٣٨٢٩- وروى ابن هشام عن محمد رحمه الله تعالى: أولياء المرأة إذا قالوا للذي يريد أن يزوّجها: زوجناك على ألف درهم على أن مائة منها لنا، فهو جائز والمهر تسعمائة، ولو قالوا: زوّجناك على ألف درهم على أن لنا خمسين دينارًا، فالدراهم والدنانير كلها للمرأة. وعنه أيضًا: رجل تزوّج امرأة على خادم على أن يخدم الخادم الزوج ما عاش، قال[3]: إن كان مهر مثلها مثل قيمة الخادم أو أكثر، فلها الخادم، ولا خدمة للخادم للزوج.

وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل تزوّج امرأة على جارية على أن له خدمتها ما عاش، أو ما في بطنها، قال: الجارية وما في بطنها وخدمتها كلها للمرأة، وكذلك الغنم لو قال على أن أصوافها لي، فله الصوف استحسانًا.

٣٨٣٠- روى الحسن بن زياد في كتاب "الاختلاف" عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل قال لامرأة: أتزوّجك على ألف على أن أهب لك عبدي هذا، فتزوجها على ذلك، قال: إن دفع الذي سمّى فهو مهرها، وإن أبى أن يدفع لا يجبر عليه، وكان عليه مهر مثلها لا يجاوز به ثلث الألف، ولا قيمة العبد. وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: امرأة زوّجت نفسها من رجل على أن يبرأ فلانًا مما له عليه من الدين، ويبرئ فلان منه، ولها على الزوج مهر مثلها. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى في "الأمالي": إذا زوّج ابنته على أن يبرئه من الدين الذي له عليه، أو زوّجت المرأة نفسها على أن يبرئها من الدين الذي له عليها وهو كذا، فالبراءة جائزة ولها مهر مثلها.

---

(١) أثبت من "ب" و"ف".

(٢) وفي النسخ التي عندنا: "لذلك".

(٣) وفي "ب" و"ف" و"م": قال: إن كان مهر مثل المرأة مثل قيمة الخادم، فلها مهر مثلها إلا أن يشاء الزوج أن يسلم لها الخادم بغير خدمة.

نوع منه في الزيادة في المهر وما هو في معنى الزيادة:

٣٨٣١- الزيادة في المهر صحيحة حال قيام النكاح، عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى خلافًا لزفر، والخلاف فيه نظير الخلاف في الزيادة في الثمن، هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي في شرحه. وفي «المنتقى»: ذكر أبو سليمان عن أبي يوسف أنّ الزيادة في المهر جائزة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وفي قول أبي يوسف لا يجوز.

٣٨٣٢- وفي «فتاوى أبي الليث»: أنّ الزيادة في المهر بعد هبة المهر صحيحة، وفي إكراه شيخ الإسلام رحمه الله تعالى: أنّ الزيادة في المهر بعد الفرقة باطلة، هكذا روى بشر عن أبي يوسف.

٣٨٣٣- وصورة ما روى بشر رحمه الله تعالى: أنّ الزيادة في المهر إذا طلّق امرأته ثلاثًا قبل الدخول بها أو بعده، ثم زادها في المهر بعد ذلك لم تصح، وكذلك إذا انقضت عدة المطلقة طلاقًا رجعيًا، ثم زاد في المهر بعد ذلك لا تصح الزيادة.

٣٨٣٤- وفي «القدوري»: أنّ الزيادة في المهر بعد موت المرأة جائزة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما لا يجوز.

٣٨٣٥- وفي «فتاوى أبي الليث»: إذا وهبت المرأة مهرها من زوجها، ثم إن الزوج بعد ذلك أشهد أنّ لها عليه كذا من المهر، تكلموا فيه، واختار الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى أنه يجوز إقراره؛ لأنه أمكن تجويز إقراره بأن يجعل الزوج زائدًا لها في مهرها مقتضى هذا الإقرار، وأمكن جعله زائدًا لها؛ لأنّ الزيادة في المهر بعد هبة المهر صحيحة.

٣٨٣٦- وإذا تزوّجها بألف درهم، ثم جدّد العقد بألفي درهم، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تثبت الزيادة [ويكون مهرها ألف درهم، وعلى قول محمد: تثبت الزيادة ويكون مهرها ألفي درهم، هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرح نكاحه، وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرحه: أنّ على قول أبي حنيفة تثبت الزيادة، وعلى قولهما: لا تثبت الزيادة][1]. وفي شرح مختصر الطحاوي: أنّ على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى تثبت الزيادة [وعلى قول أبي يوسف لا تثبت الزيادة][2]. وفي إقرار المختصر لعصام: أنه لا تثبت الزيادة من غير ذكر خلاف.

---

(١) أثبت من النسخ التي توجد عندنا.

(٢) أثبت من [illegible]

٣٨٣٧- وإذا تزوج امرأة على صداق في السر، وسمع في العلانية بأكثر من ذلك، فالمسألة على وجهين: الأول: أن يتواضعا عليه في السر على مهر، ثم تعاقدا في العلانية بأكثر، فنقول: إن كان ما تعاقدا عليه في العلانية من جنس ما تواضعا عليه في السر، إلا أنه أكثر مما تواضعا عليه في السر، فإن اتفقا على المواضعة وأشهد الرجل عليها أنه علي وليها أن المهر هو المسمى في السر، والزيادة سمعة، فالمهر ما تواضعا عليه في السر، وإن اختلفا فادعى الزوج المواضعة في السر على ألف، وأنكرت المرأة المواضعة على ذلك، فالمهر هو المسمى في العقد، ويكون القول قول المرأة إلا أن يقوم(١) للزوج بينة.

٣٨٣٨- ذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد رحمه الله تعالى: إذا أشهد الزوج في السر على نفسه أن المهر الذي يريد أن يتزوج عليه ألف، ثم أشهد على نفسه من الغد بألفين، قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: المهر ألفان، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إذا شهد الشهود أنه قد أشهدهم في السر أن المهر ألف، وإنه يسمع بألفين، فالمهر ألف، قالوا: هذا خلاف ما حكي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في الأصل، وإن كان ما تعاقدا عليه في العلانية من خلاف جنس ما تواضعا عليه، فإن لم يتفقا على المواضعة، فالمهر هو المسمى في العقد، وإن اتفقا على المواضعة ينعقد النكاح بمهر المثل.

٣٨٣٩- وفي كتاب الإكراه: وإذا تواضعا الرجل والمرأة في السر أن المهر دنانير، وتزوجها في العلانية على أنه لا مهر لها، كان مهرها الدنانير التي تواضعا عليه في السر، لأنه لم يوجد ما يوجب الاعتراض على تلك التسمية، لأن نفي المهر لم يصح مذكوراً مقتضى عقد النكاح، لأنه ينفي المهر، فهو كمن باع بغير ثمن، لم يوجد ما يوجب الإعراض عن ما تواضعا عليه، فصارت الدنانير التي تواضعا عليه صارت صداقاً في النكاح بعرفه، فصار كأنه تزوجها على الدنانير.

٣٨٤٠- وإن تزوجها في العلانية على أن لا يكون الدنانير مهراً لها، أو تزوجها في العلانية وسكت عن المهر، انعقد النكاح بمهر المثل في "الوجهين جميعاً](٢)".

٣٨٤١- الوجه الثاني: أن يتعاقدا عليه في السر على مهر، ثم أقرا في العلانية بأكثر من ذلك، فإن اتفقا على ما تواضعا في السر، أو أشهدا أن الزيادة سمعة في العلانية، فالمهر ما هو

---

(١) وفي م: يكون.

(٢) [ثبت من م.

المذكور عند العقد في السر. فأما إذا لم يشهدا أن الزيادة في العلانية سمعة: ذكر شمس الأئمة السرخسي أن على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى المهر مهر العلانية، ويكون هذا منه زيادة لها في المهر، وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: المهر هو الأول. وفي شرح مختصر الطحاوي: أن على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى المهر هو الأول، وعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى المهر مهر العلانية، ويكون زيادة على المهر الأول، سواء كان من جنسه أو من خلاف جنسه، غير أنه إن كان من خلاف جنسه فجميعه يكون زيادة على المهر الأول، وإن كان من جنسه فبقدر الزيادة على المهر الأول يكون زيادة. وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد رحمه الله تعالى في هذه الصورة: أن المهر هو الأول في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وإنما تتأكد الزيادة إما بالدخول بها، أو بالخلوة الصحيحة، أو بموت أحدهما، حتى لو وقعت الفرقة بينهما قبل وجود واحد من هذه الأشياء بطلت الزيادة، وينتصف الأصل دون الزيادة. ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله تعالى أنهما إذا تعاقدا في السر بألف، وأظهر في العلانية خلاف ذلك، ثم اختلفا فقال الزوج: ما أقررت به في العلانية هزل، وقالت المرأة: لا، بل جد، فالقول قول المرأة، والمهر هو المذكور في العلانية، إلا أن تقوم للزوج بينة على ما ادعى.

٣٨٤٢- إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: امرأة قالت لرجل: زوجتك [نفسي][1] على ألف، فقال الزوج: قبلت النكاح بألفين، فالنكاح جائز على الفين، كأنه زادها ألفا.

٣٨٤٣- إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: رجل زوج أمته من رجل على مهر معلوم، ثم أعتقها، ثم زادها الزوج في المهر شيئا معلوما، فالزيادة للمولى؛ لأن الزيادة في أصل النكاح. وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أن الزيادة لها، ولا أجبر الزوج على دفع الزيادة إلى المولى، وإن باعها فالزيادة للمشتري، ولا أجبر الزوج على دفع الزيادة إلى المولى؛ لأن الزيادة بمنزلة هبة مبتدأة معنى.

٣٨٤٤- وفي «فتاوى الفضلي»: إذا طلق امرأته، ثم راجعها فقال لها: زدت في مهرك، لا يصلح لمكان الجهالة، ولو قال لها: راجعتك بمهر ألف درهم، فإن قبلت المرأة ذلك صح وما لا فلا؛ لأن هذه الزيادة في المهر، فيتوقف على قبولها

٣٨٤٥- قال محمد رحمه الله تعالى في «الجامع»: حر تزوج أمة بغير إذن مولاها على

(١) هكذا في النسخ الموجودة، وكان في الأصل «نفس».

مائة درهم، فقال الزوج للمولى: أجز النكاح، فقال المولى: أجزته على أن تزيد في الصداق خمسين درهماً، فإن رضي الزوج بذلك صح وثبت الزيادة، وإن لم يرض به لا تثبت الإجازة.

٢٨٤٦- والأصل في جنس هذه المسائل: أن تعليق الإجازة في النكاح الموقوف بقبول الزوج زيادة مال على المسمى صحيح، وكذلك بقبول مال آخر سوى المسمى، وتعليقها بسائر الشروط لا يصح؛ وهذا لأن الإجازة لها حكم ابتداء العقد على ما عرف في مواضع كثيرة، وتعليق أصل العقد بقبول الزوج المال صحيح، ولا يصح تعليقه بسائر الشروط، فكذا تعليق الإجازة.

٢٨٤٧- إذا ثبت هذا، جئنا إلى تخريج المسألة فنقول: المولى أثبت الإجازة معلقة بشرط رضا الزوج بزيادة خمسين درهماً؛ لأن كلمة على شرط، وقد صح التعليق لما ذكرنا، فإن رضي الزوج بالزيادة تثبت الإجازة لوجود شرطها، قال: ولا يكون كلام المولى رداً للعقد بالمائة، حتى لو أجاز النكاح بمائة قبل رضا الزوج بالزيادة صح، ولو رده ينفسخ؛ لأن هذا التماس الزيادة في الصداق، وذلك[1] يقتضي تقرير الأصل لا رده.

٢٨٤٨- وكذلك الجواب فيما إذا قال المولى: لا أجيز النكاح إلا بزيادة خمسين درهماً، أو قال: لا أجيز النكاح حتى تزيد لي خمسين درهماً، ولو قال: لا أجيز النكاح ولكن زدني خمسين درهماً [أو قال: لا أجيزه، أو أجيزه إن زدتني خمسين درهماً][2]، كان هذا من المولى نقضاً للنكاح، حتى لو أجازه بعد ذلك بالمائة لا يجوز؛ وكل جواب عرفته في المولى مع الأمة، فهو الجواب في الولي يزوج امرأة بالغة بغير أمرها، فتلحقها الإجازة في [جميع][3] ما بينا.

٢٨٤٩- وفي الجامع أيضاً: أمة منكوحة أعتقت حتى يثبت لها الخيار [على ما يأتي بعد هذا بيانه - إن شاء الله تعالى -][4]، فقال لها زوجها: زدتك في صداقك خمسين درهماً

---

(١) وفي م: وذكر الزيادة يقتضي... راجع.

(٢) أثبت من ب و ظ.

(٣) هكذا في النسخ... وكان في الأصل: غير مكتوب جميع.

(٤) هكذا في ب و ف و م.

على أن تختاريني ففعلت، صح الاختيار وتثبت الزيادة [وتكون الزيادة][1] للمولى.

٣٨٥٠ - وبمثلها لو قال لها: لك علي خمسون درهمًا على أن تختاريني، ففعلت فلا شيء لها، وبطل خيارها؛ لأن في الوجه الأول جعل الخمسين بإزاء بضعها، فإنه جعله زيادة في الصداق، ولكن علق هذا الجعل باختيارها زوجها، وفي النكاح إذا وجد الاختيار تثبت الزيادة عوضًا عن منافع بضعها لالتحاقها بأصل العقد، ولا كذلك في الوجه الثاني؛ لأن في الوجه الثاني ما جعل الخمسين بإزاء البضع، وإنما جعله بإزاء اختيارها زوجها، وإنه غير مستقيم [لأن اختيارها زوجها ليس بمال، والتزام المال بمقابلة ما ليس بمال غير مستقيم][2].

٣٨٥١ - وفي نكاح المنتقى: رجل ادعى نكاح امرأة وهي تجحده، ثم إن الزوج مع المرأة اصطلحا على أن أعطاها ألف درهم، على أن أجازت له النكاح الذي ادعى فهو جائز، وكذلك إذا قال لها: أزيدك مائة على أن تقري بالنكاح ففعلت، فإن وجد بينة على أصل النكاح الأول، لم يكن له أن يرجع في المائة؛ لأنها بمنزلة الزيادة في المهر، والبيع نظير النكاح؛ لأن الزيادة في الثمن صحيحة كالزيادة في المهر، ولو كان هذا منه في الطلاق، بأن ادعت امرأة على زوجها أنه طلقها بألف درهم، وأنها نقدته الألف، فجحد الزوج، فصالحته على مائة أخرى على أن يقر بالطلاق بالجعل [الأول][3] ففعل، ثم إنه وجدت بينة على الطلاق بالجعل الأول، فلها أن ترجع بالمائة؛ لأن الزيادة في جعل الطلاق بعد وقوعه لا يصح، والصلح في القصاص [والعتاق كالصلح في الطلاق][4]، والكتابة كالبيع، يعني إذا ادعى المملوك الكتابة.

نوع آخر في المرأة تمنع نفسها بمهرها
والتأجيل في المهر وما يتعلق به:

٣٨٥٢ - قال الكرخي رحمه الله تعالى: والمرأة أن تمنع الزوج من الدخول بها حتى يوفيها جميع المهر.

---

(١) أثبت من النسخ التي توجد عندنا.

(٢) أثبت من [illegible]

(٣) هكذا في [illegible]، وكان في النسخ الموجودة: أن يقر بالطلاق وبالجعل ففعل.

(٤) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: والطلاق كالصلح في العتاق.

٢٨٥٣- قال: وليس للزوج أن يمنعها من السفر، والخروج من منزله، وزيارة أهلها حتى يوفيها المهر.

٢٨٥٤- وإن كان المهر مؤجلاً لم يكن لها أن تمنع نفسها منه، وله أن يمنعها من السفر، وزيارة بعض أهلها بغير إذنه. قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: القياس كذلك كما في البيع، لكن استحسنت، وقلنا: لها أن تمنع نفسها منه، وليس له أن يمنعها من السفر، وزيارة بعض أهلها حتى يوفيها المهر، قال: وليس هذا كالبيع، وهذا آخر أقواله. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إذا كان بعض المهر حالاً وبعضه مؤجلاً، فله أن يدخل بها إذا أعطاها الحال.

٢٨٥٥- وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: إذا كان المهر مؤجلاً، فلم يدخل بها الزوج حتى حل الأجل، فمنعت نفسها من الزوج حتى يوفيها المهر، فليس لها ذلك من قبل أن أصله لم يكن حالاً. ثم لا خلاف لأحد أن تأجيل المهر إذا كان إلى غاية معلومة نحو شهر أو سنة، أنه صحيح، وإن كان لا إلى غاية معلومة، فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، بعضهم قالوا: لا يصح، وبعضهم قالوا: يصح، وهو الصحيح؛ وهذا لأن الغاية معلومة في نفسها، وهو الطلاق أو الموت، ألا ترى أن تأجيل البعض صحيح وإن لم ينصا على غاية معلومة نحو الشهر أو السنة، وإنما صح بالطريق الذي قلنا.

قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: وفي عرف ديارنا ليس للمرأة أن تمنع نفسها من زوجها حتى تستوفي جميع المهر؛ لأن في عرفنا البعض معجل، والبعض مؤجل، والمعجل يسمى دست پيمان، والمؤجل يسمى كابين كردنى، والمعروف كالمشروط، فإن بينا مقدار المعجل ومقدار المؤجل فهو على ما بينا. وإن لم يبينا شيئاً ينظر إلى المسمى وإلى المرأة، وإلى مثل هذه المرأة كم يكون لها من مثل هذا المسمى معجلاً، وكم يكون لها مؤجلاً في العرف، فيقضى بالعرف، وما ذكر في «مجموع النوازل» أنه يقضي لها بنصف المهر معجلاً، فإنما ذلك بناء على عرف أهل سمرقند أنهم يعجلون النصف من المسمى، وهو اختيار الفقيه أبي الليث رحمه الله تعالى، إلا أن ذلك يختلف باختلاف البلاد. والصحيح ما ذكرنا، فإن شرط تعجيل الكل [في العقد، فهو كما شرط ووجب تعجيل الكل][1]؛ إذ لا معتبر بدلالة العرف إذا جاء التصريح بخلافها.

٢٨٥٦- ولو دخل الزوج بها أو خلا بها برضاها، فلها أن تمنع نفسها منه، وقالا: ليس

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط بيروت.

السفر بها حتى يستوفي جميع المهر على جواب الكتاب والمعجّل في عُرف ديارنا. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: ليس لها ذلك، وأجمعوا على أنه لو دخل بها وهي كارهة، أو دخل بها وهي صغيرة أو مجنونة أنه لا يبطل حقها في المنع في الحبس، فوجه قولهما أن المعقود عليه صار مسلَّمًا بالوطأة الواحدة، ألا ترى أنّ المهر كلّه يتأكد بوطأة واحدة، فلو ثبت لها حق المنع تصير مستردة، والثابت لها حق المنع عن التسليم، لا حق الاسترداد بعد التسليم. ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى: أنّ المستوفى بالوطء وإن كثر فهو مستحق بعقد النكاح، ولا يجوز إخلاؤه عن العوض إبانة لخطره، إلا أنّ في حق تأكد المهر أقيم وطأة واحدة مقام جميع الوطئات؛ لأنه لا يمكن تأكيده بعدده، لأنه لا يعرف مقدار عدده، ولكن إذا وجد وطئات أخر، فالبدل يقابل الكل، فكانت ممتنعة عن تسليم مقابلة البدل لا مستردة، وكان الفقيه أبو القاسم الصفار رحمه الله تعالى يفتي في السفر بقول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وفي [منع النفس][1] بقولهما، واستحسن بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى اختياره.

٣٨٥٧- في "العيون": إذا تزوج امرأة على ألف درهم إلى سنة، فأراد الزوج الدخول بها قبل السنة قبل أن يعطيها شيئًا، فإن كان شرط الزوج في العقد أن يدخل بها قبل السنة فله ذلك، وليس لها أن تمنع نفسها منه بلا خلاف، وإن لم يشترط ذلك، فكذلك في قول محمد رحمه الله تعالى، وقال أبو يوسف: ليس له ذلك استحسانًا[2]، وقد مرّ هذا. قال الصدر الشهيد: وبهذا يفتى، وإنه حسن. قال محمد رحمه الله تعالى: وفي ديارنا إذا أدّى المعجّل، ولم يؤد المؤجل، فله أن يبني بها بلا خلاف؛ لأنّ الدخول عند أداء المعجل مشروط عُرفًا، فصار كما لو كان مشروطًا نصًّا، فأما إذا كان الكل مؤجلًا، فالدخول غير مشروط لا عُرفًا ولا نصًّا، فلم يمكن له أن يبني بها على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى استحسانًا.

٣٨٥٨- قال القدوري في "كتابه": قال أبو يوسف: لو كان المهر حالًا فأخّرته هذه المدة[3]، فأراد الدخول بها قبل مضي المدة فليس له ذلك، ولها أن تمنع نفسها منه، هذا مستقيم على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى استحسانًا؛ لأنّ الأجل لو كان مقارنًا للعقد،

---

(١) هكذا في "ب" و"ف" و"م"، وكان في الأصل: المنع.

(٢) وفي "ف" و"م" و"ب": وعلى قول أبي يوسف: ليس له ذلك، ولها أن تمنع نفسها منه استحسانًا.

(٣) وفي "الخانية": فأخرته مدة.

كان لها أن تمنع نفسها منه على قوله استحساناً، فكذا إذا كان طارئاً. وذكر في "المنتقى" أنّ الزوج إن كان شرط الدخول قبل مضي المدة فله ذلك، وإن لم يشترط الدخول قبل مضي المدة فليس له ذلك إلا برضاها، وهذا مستقيم على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى استحساناً.

٣٨٥٩- وفي "المنتقى" أيضاً: إذا كان المهر حالاً، فأحالت عليه غريماً لها بالمهر، فلها أن تمنع نفسها منه حتى يأخذ غريمها بمنزلة وكيلها. ولو أنّ الزوج أحالها بالمال على غريم له على أن أبرأته منه، ففي القياس له أن يدخل بها، وفي الاستحسان [ليس له أن يدخل بها][1] حتى يأخذ المهر، وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى روايتان، روى الحسن بن زياد عنه أنّ له أن يدخل بها قبل ذلك، وروى الحسن بن أبي مالك عنه أنه ليس له ذلك، ولو باعها بالمهر متاعاً، فلها أن تمنع نفسها منه حتى تقبض المتاع. وقال أبو يوسف: إذا قبضت المهر فإذا هو زيوف، أو دراهم لا تنفق، فلها أن تمنع نفسها منه حتى يبدلها. ولو كان دخل بها برضاها، ثم وجدت المهر المقبوض زيوفاً، أو ما أشبه ذلك، أو كان متاعاً اشترت منه وقبضته، فاستحق بعد ما دخل بها، فليس لها أن تمنع نفسها منه؛ لأنّ من أصله أنها لو سلّمت نفسها من غير قبض ليس لها منع حق المنع والحبس، فهذا أولى.

٣٨٦٠- وفي "واقعات الناطفي": إذا زوّج ابنته البكر البالغة، فأراد أبوها التحول إلى بلد آخر بعياله، فله أن يحملها معه، وإن كره الزوج ذلك إذا لم يكن أعطاها المهر، وإن كان قد أعطاها المهر، فليس له ذلك إلا برضى الزوج.

٣٨٦١- في "فتاوى أهل سمرقند": بأنّ صغيرة زُوّجت وذهبت إلى بيت زوجها بدون أخذ تمام مهرها، كان لمن كان حق إمساكها قبل التزوّج، أن يمنعها حتى يأخذ جميع المهر [ويأخذ من][2] له حق الأخذ؛ لأنّ هذا الحق لأب الصغيرة لو بطل بطل برضاها[3]، وهي ليست من أهل الرضا.

٣٨٦٢- ولو زوّج العم بنت أخيه وهي صغيرة بصداق مسمّى، وسلّمها إلى الزوج قبل قبض جميع الصداق، فالتسليم فاسد، وترد إلى بيتها؛ لأنه ليس للعم ولاية إبطال حقها.

(١) هكذا في م، وكان في الأصل: ظ: لا يدخل حتى يأخذ... إلخ
(٢) هكذا في النسخ الموجودة عندنا، وكان في الأصل: وله حق الأخذ... إلخ
(٣) وفي "ب" و"ف": وهذا لأنّ الحق ثابت للصغيرة، لو بطل بطل... إلخ

وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: وإذا أراد الزوج أن يُخرج المرأة من بلد إلى بلد آخر، وقد أوفاها مهرها، فجواب الكتاب أن له ذلك، واختيار الفقيه أبي الليث على أن ليس له ذلك، ولو أراد أن يخرجها من البلد إلى القرية، أو من القرية إلى البلد فله ذلك. وفي المنتقى: إذا تزوّجها على أن يقدمها ما تيسّر عليه، والباقي إلى سنة، قال: كله إلى سنة، إلا أن تقيم بيّنة أن تيسّر عليه شيء من ذلك كله فيأخذه. طلّق امرأته طلاقًا رجعيًا، ثم راجعها، هل لها أن تطالب الزوج بالمهر المؤجّل؟ فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى. وكذلك لو ارتدّت -والعياذ بالله تعالى- ثم أسلمت، وأجبرت على النكاح، هل لها أن تطالبه ببقية المهر؟ فيه اختلاف المشايخ -والله أعلم-.

نوع آخر في وجود العيب في المهر وفي تغيّره من وصف إلى وصف

٣٨٦٣- ويرد الصداق بالعيب الفاحش، وهل يرد بالعيب اليسير؟ إن لم يكن من ذوات الأمثال لا يرد، وإن كان من ذوات الأمثال يرد، والعيب اليسير ما يدخل تحت تقويم المقوّمين، وهو أن يقوم مقوّم، وهو صحيح بألف درهم، ويقوم مقوّم آخر، وبه هذا العيب بألف؛ وهذا لأنّ الرد بالعيب اليسير في غير ذوات الأمثال لا يفيد؛ لأنها ترجع بقيمته، ولا فرق بين عين شيء وبه عيب يسير، وبين قيمته، وبه فارق ما إذا كان من ذوات الأمثال؛ لأنّ هناك يرجع بمثله صحيحًا، ويقع الفرق بين شيئين أحدهما صحيح، والآخر معيب، وإن كان العيب يسيرًا فكان الرد مفيدًا، وكذلك إذا كان العيب فاحشًا فالرد مفيد؛ لأنه يرجع بقيمته صحيحًا، ويقع الفرق بين عين الشيء وبه عيب فاحش، وبين قيمته صحيحًا.

٣٨٦٤- قال الكرخي رحمه الله تعالى في كتابه: إذا انتقص الصداق في يد الزوج بفعل أجنبي، فالمرأة بالخيار إن شاءت أخذت واتبعت الجاني بالأرش، وإن شاءت أخذت من الزوج قيمته يوم العقد، واتبع الزوج الجاني بالأرش؛ لأنّ الصداق قد تغيّر في ضمان الزوج، لأنه كان عينًا[1]، والآن صار قيمته، فثبت لها الخيار، كما يثبت الخيار للمشتري إذا تغيّر المبيع في ضمان البائع، وإن انتقص بآفة سماوية، فالمرأة بالخيار إن شاءت أخذت ناقصًا ولا شيء لها، وإن شاءت أخذت بالقيمة يوم العقد، أما الخيار فلما ذكرنا، وأما لا شيء لها إذا اختارت

---

(١) هكذا في الأصل و"ظ"، ولعل الصواب: عينًا.

فيجب قيمته، كان مشايخ ما وراء النهر قبل هذا يقولون: يجب أن يكون عقد النكاح بما وراء النهر بالغطريفية لا بالعدلي؛ لأن العدلي يتغير، والغطريفي لا يتغير، وهذا كان في الزمان الماضي، أما في زماننا يجب أن يكون العقد بالذهب وبالفضة، والحكم في الانقطاع كالحكم في الكساد، فإن غلت الدراهم أو[2] ازدادت قيمتها، فلها تلك الدراهم، ولا خيار للزوج، وإن رخصت بأن نقصت قيمتها فقد اختلف المشايخ فيه المتأخرون، بعضهم قالوا: لها من تلك الدراهم، وليس لها أن تطالبه بالتفاوت وإن فحش. وقال بعضهم: إن كان يوجد من تلك الدراهم بالمعيار الذي وجد العقد[3] عليه تطالب بذلك، وإن كان لا يوجد تطالبه بقيمة ما ورد عليه العقد.

٣٨٦٧- وإن تزوّجها بكذا من العدليات وهي كاسدة، ماذا يجب لها؟ قالوا: يجب لها مهر المثل؛ لأنها إذا كانت كاسدة وقت النكاح[4] كان المهر مجهولاً؛ لأنها إذا كانت كاسدة كانت سلعة وزنية، والسلعة الوزنية إنما تعرف بالإشارة أو بذكر الوزن، ولم ما ذكر الوزن إنما ذكر العقد. ولو كانت رائجة وقت العقد وهي نوعان من الضرب أولاً وأخرى، ينبغي بيان نوعه وقت العقد، ولو لم يبيّن ينظر إلى مهر مثلها، فأيّ نوع من ذلك وافق مهر مثلها يقضى لها بذلك النوع، وقد مرّ هذا.

٣٨٦٨- وفي "المنتقى": بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل تزوّج امرأة على أمة بعينها، ودفعها إليها وماتت عندها، ثم علمت أنها كانت عمياء، رجعت عليه بنقصان العمى، وهذا ظاهر، ولو كان تزوّجها على جارية بغير عينها، وأعطاها جارية وسطاً وماتت عندها، ثم علمت أنها عمياء، فإنها تضمن قيمتها عمياء، ويضمن الرجل قيمة خادم وسط؛ فيتقاصّان إن لم يكن بينهما فضل، ويترادّان الفضل إن كان ثمة فضل.

نوع آخر في اختلاف الزوجين في المهر:

٣٨٦٩- إذا ادّعت المرأة أن المهر ألفان، وادّعى الزوج أنه ألف، فأيّهما أقام البيّنة تقبل

(١) أثبت من ب و ف و م، وكان في الأصل أو هلكت، وفي ظ: إذا هلكت البدل.

(٢) وفي ب و ف و م: مكان لو دامت مكان أو ازدادت

(٣) وفي ب و م و ف: ورد العقد، وفي ظ: وقع العقد.

(٤) وفي ب: وقت العقد

بيّنته ، وإن أقاما البيّنة ، فالبيّنة بيّنة المرأة ؛ لأنها أثبتت زيادة في المهر ، وإن لم يكن لهما بيّنة يتحالفان(١) عندنا ، هكذا ذكر في "الأصل" ، بعد هذا قال أبو يوسف رحمه الله تعالى : القول قول الزوج ، إلا أن يأتي بشيء مستنكر جداً ، ولذلك تفسيران : أحدهما : أن يدّعي أنه تزوّجها بأقل من عشرة ، وبه أخذ بعض المشايخ رحمهم الله تعالى ؛ لأنّ ما دون العشر مستنكر شرعًا. والثاني : أن يدّعي أنه تزوّجها بما لا يتزوّج مثل تلك المرأة بمثل ذلك المهر ، وبه أخذ عامة المشايخ رحمهم الله تعالى وهو الصحيح .

٢٨٧٠- ذكر ابن سماعة في "نوادره" عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : في المرأة يموت عنها زوجها فادّعى مهرًا هو مهر مثلها ، والورثة يقولون : قد تزوّجها على مهر ، إلا أنا لا ندري كم هو؟ قال : أجعل لها مهر مثلها ، قال ابن سماعة . وقد كان قال قبل ذلك بخلاف هذا ، قال ذلك في رجب سنة ثلاث وتسعين ومائة . قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى . يحكم بمهر مثلها ، فإن كان مثل ما قال الزوج ألف أو أقل ، فلها ما قال الزوج مع يمينه بالله ما تزوّجها على ألفين . وإن كان مهر مثلها مثل ما قالت المرأة : ألفان أو أكثر ، فلها ما قالت مع يمينها بالله ما زوّجت نفسها منه بألف درهم ، وإن كان مهر مثلها بين الدعوتين ، فإنهما يتحالفان ، ثم يقضي لها بمهر المثل ، وهو نظير ما ذكر في "كتاب الإجارات" إذا وقع الاختلاف بين رب الثوب وبين الصبّاغ في الأجر ، يحكم في ذلك بقيمة الصبغ ، فإن كان قيمة الصبغ بين الدعوتين ، فإنهما يتحالفان ، كذا هنا . وذكر الكرخي رحمه الله تعالى في كتابه : إذا لم يكن لهما بيّنة ، فإنهما يتحالفان أولاً ، فإذا حلفا حينئذ يحكم بمهر المثل عندهما .

قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى : والأصح ما ذكره الكرخي ؛ لأن ظهور مهر المثل عند انعدام التسمية ، وقد(٢) انعدم التسمية بالتحالف ، فإن ما يدّعي كل واحد منهما ينتفي بيمين صاحبه ، فيبقى نكاحًا بلا تسمية ، فيكون موجبه مهر المثل . وغيره من المشايخ رحمهم الله تعالى صحّحوا ما ذكر في "الأصل" ؛ لأنه إنما يصار إلى التحالف إذا لم يكن ترجّح قول أحدهما على الآخر بشهادة الظاهر له ، وإذا كان مهر المثل يشهد لأحدهما ، فالظاهر شاهد له ، فلا يصار إلى التحالف .

٢٨٧١- وإن وقع الاختلاف بينهما على هذا الوجه بعد الطلاق ، فإن كان قد دخل بها ،

---

(١) وفي ظ و م : فإنهما لا يتحالفان.

(٢) وفي م : وإنما مكان وقد.

مهرها، والأول سواء، وإن لم يدخل بها، فقد ذكر في كتاب النكاح: أن القول قول الزوج، وعليه نصف ما أقر به، وذكر في الجامع: أن القول قول من يشهد له المتعة، فمن مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: ما ذكر في النكاح قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وما ذكر في الجامع قولهما، ومنهم من قال: ما ذكر في النكاح قولهما أيضًا، وإنما اختلف جوابهما لاختلاف الموضوع، فموضوع المسألة في الجامع في الاختلاف في العشرة والمائة، فالزوج يدعي التزوج بالعشرة، فيكون مقرًا لها بالخمسة، ومثلها لا يبلغ متعتها عادة، فأفاد تحكيم المتعة، وموضوع المسألة في النكاح في الاختلاف في الألف والألفين، فيكون الزوج مقرًا لها بخمسمائة، وذلك[٢] يزيد على متعتها عادة، فلا يفيد تحكيم المتعة، ومن المشايخ رحمهم الله تعالى من قال: ما ذكر في الجامع قول محمد رحمه الله تعالى، وما ذكر في النكاح قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، فصار في تحكيم المتعة في الطلاق قبل الدخول روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى على قول هذا القائل.

وحكى القاضي أبو الهيثم عن القضاة الثلاثة: أن ما ذكر في النكاح قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وما ذكر في الجامع قول محمد، فصار الحاصل على قول هذا القائل: أن على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى القول قول الزوج قبل الطلاق وبعده، إلا أن يأتي بشيء مستنكر جدًا، وعلى قول محمد رحمه الله تعالى يحكم مهر المثل قبل الطلاق، والمتعة بعد الطلاق، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: يحكم مهر المثل قبل الطلاق، ولا يحكم المتعة بعد الطلاق، ويكون القول قول الزوج بعد الطلاق، والفرق له أن مهر المثل بدل عن البضع؛ لأنه مقصود بها[١]، والتحكيم بين المثلين واجب، فيجب اعتبار مهر المثل؛ لأن الزوج استوفى بدله حين دخل بها، فأما المتعة فليست ببدل عن البضع؛ لأن الزوج لم يدخل بها، فلا يجب اعتبار المعادلة فيصير فيه إلى الأصل، والأصل من ادعى على آخر شيئًا فأنكر الآخر، فالقول قول المنكر، والمنكر ههنا الزوج.

٣٨٧٣- ولو مات أحدهما ثم وقع الاختلاف بين ورثة الميت وبين الحي، فهذا وما لو اختلفا وهما حيان سواء، وإن ماتا، فهذه فصلان: أحدهما: أن يتفق الورثة أنه لم يكن في

(٢) أثبت من النسخ الثلاث: عند محمد

(١) وفي ... : ... مقصود بها.

٣٨٧٦- والأصل في جنس هذه المسائل: أن الزوجين إذا اتفقا على تسمية شيء بعينه في النكاح، واختلفا في مقداره، إن كان شيئاً لا يضره التبعيض كالكيل والموزون يحكم فيه مهر المثل [ويتحالفان إذا كان مهر المثل][1] بين الدعوتين.

٣٨٧٧- بيانه: في هذه المسألة فيما إذا تزوّجها على نقرة فضة بعينها، واختلفا فقال الزوج: تزوّجتك على هذه النقرة بشرط أنها مائتا درهم، وقالت المرأة: بل بشرط أنها ثلاثمائة، وإن كان شيئاً يضره التبعيض، كما لو تزوّجها على ثوب بعينه، ثم اختلفا، فقال الزوج: تزوّجتك على هذا الثوب على أنها عشرة أذرع، وقالت المرأة: لا، بل على أنها تسعة أذرع، ففي هذه الصورة القول قول الزوج، ولا يتحالفان، كما لو تزوّجها على إبريق فضة بعينه، ثم اختلفا في وزنه، فالقول قول الزوج.

٣٨٧٨- وإذا وقع الاختلاف في الصفة في مسمّى بعينه، كما لو قال الزوج: تزوّجتك على هذا الكر على أنه رديء، وقالت المرأة: لا، بل على أنه جيّد، فالقول قول الزوج، ولا يتحالفان كما في باب البيع، فإنّ الاختلاف في الصفة لا يوجب التحالف، كما لو اختلفا في اشتراط صفة البكارة. وإن كان المهر ديناً واختلفا في صفته، أو جنسه، أو نوعه، فإنه يحكم بمهر المثل ويتحالفان؛ لأنّ الدّين إنما يعرف بالصفة، والأوصاف مختلفة، فكان الاختلاف في الوصف اختلافاً في أصل التسمية، وإن اختلفا فيما لا يضره التبعيض في المقدار والصفة جميعاً، ففي القدر يحكم مهر المثل، وفي الصفة القول قول الزوج مع يمينه، اعتباراً في حالة الاجتماع بحالة الانفراد، وهذا إذا اختلفا حال قيام النكاح، وأما إذا اختلفا بعد الطلاق، وكان الطلاق بعد الدخول فكذلك الجواب؛ لأنّ مهر المثل لا يسقط بالطلاق بعد الدخول، فيمكن تحكيم مهر المثل، وإن كان الطلاق قبل الدخول بها، إن اتفقا على مسمّى بعينه، واختلفا في صفة ذلك أو في قيمته، فالقول قول الزوج بالإجماع، ولا يحكم متعة مثلها؛ لأنهما اتفقا على ما يوجب سقوط المتعة؛ لأنّ مع تسمية شيء بعينه لا يوجب المتعة بالطلاق قبل الدخول، فيتعذر تحكيم المتعة، فوجب اعتبار الدعوى والإنكار.

٣٨٧٩- وإذا اختلفا في جنس المهر، أو في مقداره، أو في صفته والمهر دين، فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يحكم متعة مثلها، ويكون القول قول من يشهد له المتعة، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى القول قول الزوج: إلا أن يأتي بشيء مستنكر

(١) أثبت من النسخ المؤخرة له.

عبداً.

٣٨٨٠- ولو تزوّجها على عبد بعينه، وهلك العبد في يد الزوج، واختلفا في قيمته، فالقول قول الزوج ولا يحكم مهر المثل؛ لأنهما اتفقا على تسمية صحيحة، وذلك يوجب العدول عن مهر المثل، بقيت في مدّعيه الزيادة والزوج منكر، فيكون القول قوله مع يمينه. ولو قال: تزوّجتك على عبدي الأسود، وقيمته ألف وقد مات في يدي، وقالت المرأة: لا، بل تزوّجتني على عبدك الأبيض، وقيمته ألفا درهم وقد مات في يدك، فإنه يحكم مهر المثل ويتحالفان إن كان مهر المثل بين الدعويين.

٣٨٨١- ولو تزوّجها على كرّ بعينه وهلك الكرّ، فاختلفا في مقداره أو صفته، ولو(١) تزوّجها على ثوب بعينه، أو نقرة بعينها، أو إبريق فضة بعينه وهلك، واختلفا في الذرعان أو الوزن، ففي كل ما ذكرنا أن القول قول الزوج قبل الهلاك، وكان القول قوله بعد الهلاك أيضاً، وإن ادّعى أحدهما ألف درهم والآخر مائتا دينار؛ فهو نظير الاختلاف في الألف والألفين.

٣٨٨٢- وإذا بعث إلى امرأته دقيقاً، أو سمسماً، أو ثوباً، ثم قال: بعثت من المهر، وقالت المرأة: بعثت هدية، فالقول قول الزوج؛ لأنه هو المملّك، فيكون القول قوله في جهة التمليك إلا فيما صار مكذّباً عرفاً، وذلك في شيء يفسد ولا يبقى.

٣٨٨٣- في "عيون المسائل": وفي "نوادر ابن رستم" عن محمد رحمه الله تعالى: إلا أن يكون مثل الخبيص(٢)، واللحم، والشاة المذبوحة، والثريد، ونحو هذا من الطعام الذي لا يبقى، فحينئذ القول قول المرأة استحساناً.

٣٨٨٤- وفي "فتاوى أبي الليث" رحمه الله تعالى: بعث إلى المرأة متاعاً، وبعث إليه أبو المرأة أيضاً متاعاً، ثم ادّعى الزوج أن الذي بعث كان صداقاً، فالقول قوله مع يمينه؛ لأنه هو المملّك، فإن حلف والمتاع قائم فللمرأة أن تردّ وترجع بما بقي من المهر، وإن كان هالكاً لا ترجع بالمهر. وأما الذي بعث أبو المرأة إذا كان هالكاً لم يكن على الزوج شيء، وإن كان قائماً وقد بعثه الأب من مال نفسه، فله أن يرجع به؛ لأن الواهب في هذه الصورة الأب، وإن كان بعثه من مال الابنة برضاها لم يكن له أن يرجع؛ لأن الواهب في هذه الصورة الابنة،

---

(١) في النسخ التي توجد عندنا: أو مكان ولو.

(٢) الخبيص: الحلواء المخبوصة من التمر والسمن.

وقد وهبت من زوجها.

٣٨٨٥- وفي "فتاوى أهل سمرقند": تزوج امرأة وبعث إليها هدايا وعوّضته المرأة على ذلك عوضاً، ثم زفت إليه، ثم فارقها، وقال: إنما بعثت إليك عارية وأراد أن يسترد ذلك، وأرادت المرأة أن تسترد العوض، فالقول قوله في الحكم؛ لأنه أنكر التمليك، وإذا استرد ذلك من المرأة، للمرأة أن تسترد منه ما عوضته عليه.

٣٨٨٦- وفي "فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى": اشترى لامرأته أمتعة بأمرها بعد ما بنى بها، ودفع إليها دراهم حتى اشترت هي أيضاً، ثم اختلفا، فقال الزوج: هو من المهر، وقالت المرأة: هدية، فالقول قول الزوج: إنه من المهر، إلا أن يكون شيئاً مأكولاً. قال الفقيه أبو الليث: المختار أنه ينظر إن كان ذلك من متاع سوى ما يجب على الزوج، فالقول قوله: إنه من المهر، وإن كان ذلك من متاع يجب على الزوج من الخمار، والدرع، ومتاع الليل، فليس له أن يحتسب من المهر؛ لأن الظاهر يكذبه، والخف والملاءة لا يجب عليه؛ لأنه ليس عليه أن يهيئ له أسباب الخروج.

٣٨٨٧- بعث إلى امرأته متاعاً، ثم ادعى أنه بعث أمانة صدق، وكذا لو ادعى بعد موت المرأة. وفي "مجموع النوازل": بعث إلى امرأته أيام العيد دراهم وقال: عيدي، أو قال: سيم شكر، ثم ادعى أنه من المهر لا يصدق؛ لأنه صرح بعد البعث أنها عيدي أو سيم شكر، فيصير متناقضاً بعد ذلك في دعواه أنه من المهر.

٣٨٨٨- امرأة ادعت على زوجها بعد وفاته أن لها عليه ألف درهم من مهرها، تصدق في الدعوى إلى تمام مهر مثلها في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأن عنده يحكم مهر المثل، فمن شهد له مهر المثل كان القول قوله مع يمينه. وفي "المنتقى": بشر بن الوليد عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا اختلف الزوج والمرأة فإن أقر بشيء من المسمى، وحلف عليه، فالقول قوله، وإن لم يقر بشيء، وحلفت على ما ادعته جعلت لها الأوكس من مهر مثلها ومما ادعت، قال: وكذلك ورثتهما بعد موتهما.

٣٨٨٩- وفيه أيضاً: إذا قالت المرأة لزوجها: تزوجتني بغير شيء، وقال الزوج: تزوجتك على هذا العبد، فإن كان قيمة العبد مثل مهر مثلها، أو أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه، فالمرأة بالخيار إن شاءت أخذت العبد، وإن شاءت أخذت قيمته، وإن كانت قيمة العبد أقل من قيمة مهر مثلها، مقدار ما لا يتغابن الناس فيه، فلها مهر مثلها.

٣٨٩٠- وفيه أيضاً: قال هشام لمحمد رحمه الله تعالى: رجل أقام بينة أنه تزوج هذه

المرأة، وكانت عقدة النكاح على ألف درهم، وأقامت المرأة البيّنة أنه تزوّجها، وكانت عقدة النكاح على ألفين، قال: المهر ألف درهم. قلت: ولم؟ وقد يكون أن يقع عقدة النكاح على ألف ثم يزيدها؟ قال: حتى يقيم البيّنة على الزيادة. قال هشام: ونسيتُ. قال محمد: بأن القاضي لو كان حضر العقد على ألف، وجاءت المرأة بألفين، قال الحاكم أبو الفضل: في هذا الجواب نظر، وذكر بعده بورقة ما يشبه خلافه. قال هشام: سألت محمداً عن امرأة ادّعت أنّ هذا الرجل تزوّجها بالكوفة منذ سنة على ألف، وأقامت على ذلك بيّنة، وأقام الزوج بيّنة أنه تزوّجها بالبصرة منذ سنتين على ألف، قال: البيّنة بيّنة المرأة، قلت: وإن كان معها ولد لأكثر من سنتين؟ قال: وإن كان.

نوع آخر في بيان ما يستحق جميع المهر[1]:

٣٨٩١ - المهر كما يتأكد بالدخول، يتأكد بالخلوة الصحيحة عندنا؛ لأنّ البدل في عقود المعاوضات يتقرر بتسليم من له البدل [المبدل][2]، لا بحقيقة استيفاء المبدل، ألا ترى أنّ البائع إذا خلى بين المبيع وبين المشتري، والآجر إذا خلى بين المستأجر والمستأجر منه، تأكد البدل وإن لم يوجد القبض حقيقة [والمعنى فيه: وهو إنّ لو وقفنا تقرير البدل على استيفاء المبدل حقيقة][3]، فمن عليه البدل يمتنع عن الاستيفاء قاصداً الإضرار لمن له البدل، والضرر مدفوع شرعاً، وتفسير الخلوة الصحيحة أن لا يكون ثمة مانع يمنعهما عن الجماع لا حقيقة ولا شرعاً، حتى لو كان أحدهما مريضاً مرضاً يمنع الجماع لا تصح الخلوة، وإن كان مريضاً مرضاً لا يمنع الجماع تصح الخلوة. فالحاصل: أنّ المرض في جانبها متنوع بلا خلاف، وأما المرض في جانبه فقد قيل: إنه متنوع أيضاً، وقيل: إنه غير متنوع، وإنه يمنع صحة الخلوة على كل حال جميع أنواعه في ذلك على السواء. قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى: هو الصحيح. وكذا لو كان أحدهما محرماً بحجة فرض أو نافلة، أو كانت المرأة حائضاً لا تصح الخلوة، وكذلك لو كان أحدهما صائماً في رمضان لا تصح الخلوة.

٣٨٩٢ - واختلفت الرواية في غير صوم رمضان، قال القدوري رحمه الله تعالى:

(١) وفي «ب»: ما يجب به جميع المهر.

(٢) هكذا في «ب» و«ف».

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

الصحيح أن صوم التطوع والقضاء والنذر لا يمنع صحة الخلوة، ولو كان معهما ثالث لا تصح الخلوة، إلا أن يكون الثالث ممن لا يشعر بذلك كصغير لا يعقل، أو مغمى عليه، أو مجنون كالصبي، وفي بعض المواضع: لو كان معه صبي يعقل أو مغمى عليه لا تصح الخلوة، ولو كان معهما أعمى أو نائم لا تصح الخلوة، ولو كان ثمة أمته كان محمد رحمه الله تعالى يقول: أولاً تصح الخلوة بخلاف ما لو كان ثمة أمتها، ثم رجع، وقال: لا تصح الخلوة، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، ولو خلا بها ومعها امرأة أخرى لهذا الزوج، فقد أفتى محمد بالوقف[1] أنه خلوة، ثم رجع عنه][2]، وقال: ليس بخلوة. قال هشام: كان محمد رحمه الله تعالى يقول: أولاً للرجل أن يطأ امرأته بين يدي امرأة أخرى له، فجعل ذلك خلوة، ثم رجع، وقال: ليس له أن يطأها بين يدي امرأة أخرى له، فلم يجعلها خلوة.

٣٨٩٣- والمكان الذي تصحّ فيه الخلوة أن يأمنا فيه من اطّلاع غيرهما عليهما بغير إذنهما، كالدار والبيت وما أشبههما، ولهذا لا تصح الخلوة في المسجد، والطريق الأعظم، والحمام، وكان شداد يقول في المسجد والحمام: إن هذا يكون خلوة إذا كان في ظلمة؛ لأنّ الظلمة كالسترة[3] إذ لا يراهما أحد.

٣٨٩٤- وفي «المنتقى»: إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: رجل ذهب بامرأته إلى رستاق فرسخين، أو ما أشبه ذلك، وكان ذلك بالليل، فإن كان[4] ذلك في الطريق الجادة لا يكون خلوة، ولو عدل بها عن الطريق في موضع خال كان خلوة، ولو خرج بها ونزل بها في المفازة من غير خيمة فليس بخلوة، قال: وكذلك لو خلا بها في جبل، ولو خلا بها في بيت غير مسقف فهو خلوة، وكذلك الكرم، ولو خلا بها على سطح من الدار فهو خلوة، ذكر مسألة السطح في «المنتقى» مطلقاً، قالوا: إذا لم يكن على جوانب السطح ستر[5] لا يكون خلوة، وعلى قياس ما قال شداد في مسألة المسجد والحمام: إنه يكون خلوة إذا كان في ظلمة يجب أن يكون خلوة في مسألة السطح إذا كان في ظلمة أيضاً.

(١) هكذا في ظ، وفي غيرها من النسخ الموجودة عندنا اللفظ غير واضح.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ، وب.

(٣) هكذا في ب، ر، ج، وكان في الأصل و ظ: كالستر.

(٤) وفي النسخ الأخرى بعده: فإن كان مر بها في الطريق الجادة.

(٥) في نسخ: حوائط له ستر.

٣٨٩٥- هشام عن محمد رحمه الله تعالى: إذا خلا بها في بستان ليس له باب يغلق فليس بخلوة، وإن كان له باب وغلق فهو خلوة، وإن خلا بها في محمل عليه قبة مضروبة ليلاً أو نهاراً، فإن كان يقدر أن يطأها فهو خلوة، ولو خلا بها وبينهما وبين النساء ستر من ثوب رقيق يرى منه، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: ليس هذا بخلوة، قال: وكذلك لو كانت سترة قصيرة قدر ما لو قام إنسان رآهما، رواه بشر.

٣٨٩٦- المرأة إذا دخلت على الزوج ولم يكن معه أحد، ولا يعرفها الزوج، فمكثت ساعة، ثم خرجت، أو الزوج إذا دخل عليها ولم يعرفها لا يكون هذا خلوة ما لم يعرفها، هكذا اختاره الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى؛ لأن الخلوة إنما تقام مقام الوطء في حق التسليم بالخلوة، وذا لا يحصل بدون المعرفة، وقال الفقيه أبو بكر: يكون خلوة، وكذلك إذا كانت قائمة، فإن عرفها الزوج ولم تعرفه، فهو خلوة، هذه الزيادة من "مجموع النوازل" أيضاً.

٣٨٩٧- [وفي "مجموع النوازل" أيضاً:][1] سئل شيخ الإسلام رحمه الله تعالى عمن تزوج امرأة فأدخلتها أمها عليه وخرجت، وردت الباب إلا أنها لم تغلقه، والبيت في خان يسكنها الناس[2]، ولهذا البيت [طاقات][3] مفتوحة، والناس قعود في ساحة الخان ينظرون من بعيد، هل تصح هذه الخلوة؟ قال: إن كانوا [ينظرون][4] من الطريق يترصدون لهما، وهما يعلمان بذلك لا تصح الخلوة، وأما النظر من بعيد والقعود في الساحة فغير مانع من صحة الخلوة، فإنهما يقدران أن يعتزلا في هذا البيت إلى زاوية لا يقع أبصارهم عليهما فيه، فقد قيل: إن الزوجين إذا اجتمعا في بيت وبابه مفتوح، والبيت في دار لا يدخل عليهما أحد إلا بإذن، فالخلوة صحيحة وإلا فلا، هذه جملة ما ذكر شيخ الإسلام.

٣٨٩٨- وعلى قياس ما روى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في السترة القصيرة ينبغي أن يقال في هذه المسألة: إذا كان البيت والطريق[5] بحيث لو نظر فيهما إنسان يراهما لا تصح الخلوة، وإن كان معهما كلب عقور لا تصح الخلوة، وقيل في الكلب إذا لم يكن

---

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وب.

(2) وفي م: يسكنها ناس كثير.

(3) هكذا في ب و م، وفي ظ: طرق، وفي الأصل و ط: طاق.

(4) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وب.

(5) وفي ظ: والعراني.

عفو : إن كان كلب المرأة يمنع صحة الخلوة ، وإن كان كلب الزوج لا يمنع

٣٨٩٩- وإذا خلا بها ولم تمكّنه من نفسها فقد اختلف المتأخرون رحمهم الله تعالى فيه ، وفي طلاق النوازل إذا قال لامرأته : إن خلوت بك ، فأنت طالق ، فخلا بها وقع الطلاق ، وعليه نصف المهر ؛ لأن الطلاق وقع عقيب الخلوة بلا فصل ، فلم يكن متمكناً من الوطء ليقام التمكن مقام الوطء ، والخلوة بمرتقة ليست بخلوة ، وخلوة المجبوب خلوة صحيحة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، وعندهما ليست بخلوة ، هكذا ذكر الكرخي في مختصره .

٣٩٠٠- وفي المنتقى : ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : أنه كان لا يوجب في خلوة المجبوب بامرأته مهراً تاماً ، إلا أن تجيء بولد ، فإن جاءت بولد لزمه وعليه المهر ؛ لأنهم زعموا أنه يحبل . وخلوة العنين والخصي خلوة صحيحة .

٣٩٠١- ثم إن أصحابنا رحمهم الله تعالى أقاموا الخلوة مقام الوطء في حق بعض الأحكام دون البعض . أما الأحكام التي أقاموا الخلوة فيها مقام الوطء فتأكد جميع المسمى إن كان في العقد تسمية ، وتأكد مهر المثل إن لم يكن في العقد تسمية ، وثبوت النسب ، ووجوب العدة ، ووجوب النفقة والسكنى في هذه العدة ، وحرمة نكاح أختها ما دامت العدة قائمة ، وحرمة نكاح أربع سواها ، وحرمة نكاح الأمة عليها على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى في حرمة نكاح الأمة على الحرة في العدة عن طلاق بائن ، ومراعاة وقت الطلاق في حقهما ، وأما الأحكام التي ما أقاموا الخلوة فيها مقام الوطء فالإحصان ، حتى لا يصير محصناً بالخلوة ، وحرمة البنات والإحلال للزوج الأول ، والرجعة ، والميراث ، حتى لو طلقها ثم مات وهي في العدة لا ترث ، وأما وقوع طلاق آخر في هذه العدة فقد قيل : لا يقع ، وقيل : يقع ، وهو أقرب إلى الصواب ؛ لأن الأحكام لما اختلفت في هذا الباب يجب القول بالوقوع احتياطاً ، وكما يتأكد جميع المهر بالدخول ، فبالخلوة الصحيحة يتأكد بموت أحدهما .

٣٩٠٢- ولو قتلت الحرة نفسها ، فلها المهر عندنا ، ولو كانت أمة ، فقتلها المولى ، فلا مهر لها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى : يجب المهر للمولى ، ولو قتلت الأمة نفسها ، فعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيه روايتان : في رواية [لا يجب ، وفي رواية](١) يجب ، وهو قولهما . وإذا تأكد المهر لم يسقط ، وإن جاءت

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وأثبتناه من ظ و م و ب

الفرقة من قبلها بأن ارتدت أو طاوعت ابن زوجها بعد ما دخل بها، أو خلا بها، أو قبل ذلك يسقط جميع المهر لمجيء الفرقة من قبلها

نوع آخر في بيان حكم المهر وما يجب لها بالطلاق قبل الدخول:

٢٩٠٣- وللمطلّقة قبل الدخول بها نصف المفروض؛ لقوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[1]، وإن لم يكن في النكاح مفروض فلها المتعة، وإن لم يكن في النكاح مفروض، وفرض لها بعد العقد مهراً، فرضيت به، أو رفعت الأمر إلى القاضي، ففرض لها مهراً، ثم طلقها قبل الدخول بها، فعلى قول أبي يوسف الأول لها نصف المفروض بعد العقد، وهذا وما لو سمى في العقد سواء، ثم رجع وقال: لها المتعة، وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهم الله تعالى؛ لأن[2] المفروض بعد تقدير[3] المهر المثل، وعلى اعتبار الطلاق قبل الدخول لا يجب مهر المثل، ولا يجب نصف المفروض، وعلى هذا إذا سمى لها مهراً، ثم زادها في مهرها، ثم طلقها قبل الدخول بها، فلها نصف المسمى مع نصف الزيادة

وعلى قوله الآخر - وهو قول أبي حنيفة -: لها نصف المسمى في العقد، وبطل كل الزيادة بالطلاق قبل الدخول، ثم المتعة واجبة للمطلقة قبل الدخول بها، إذا لم يسم لها مهراً في كل فرقة جاءت من قبل الزوج، وإذا جاءت من قبل المرأة فلا متعة فيها وإن لم يسم لها مهراً، وإنها مستحبة لكل مطلقة، يريد بالمطلقة بعد الدخول بها، إذا لم يكن في النكاح تسمية، أو كان فيه تسمية، والمطلقة قبل الدخول بها[4] كان في النكاح تسمية.

٢٩٠٤- وفي القدوري: وكل فرقة جاءت من قبل المرأة، فلا متعة فيها، وإن كان من قبل الزوج، ففيها المتعة، وفيه أيضاً، وكل فرقة من جهة الزوج بعد الدخول يستحب فيها المتعة إلا أن يرتدا، ويأبى الإسلام، وفيه أيضاً، ولو خير امرأته فاختارت؛ فهي فرقة من جهة الزوج.

---

(١) البقرة: ٢٣٧

(٢) من هنا ساقط من الأصل، وإنما أثبت من باقي النسخ الموجودة عندنا.

(٣) وفي نسخة "ف": تقرير

(٤) هكذا في نسختي "ظ" و"م".

النصف بنفس الطلاق، ولم يعد إلى ملك الزوج حتى يقضي القاضي عليها برد النصف، أو تسلم هي النصف إلى الزوج.

٣٩٠٧- وذكر القدوري: لو كان الصداق مقبوضاً لم ينفسخ الملك بنفس الطلاق، حتى يفسخه الحاكم، أو تسلمه المرأة، أو يقول الزوج: قد فسخت إلا رواية عن أبي يوسف، فقد روى عنه في "النوادر": أنه ينفسخ الملك بنفس الطلاق، وإن كان الصداق مقبوضاً، وهو قول زفر. والفرق أن سبب ملكها في النصف يفسد بالطلاق قبل الدخول؛ لأن السبب هو النكاح، والنكاح بالطلاق قبل الدخول[1] إن كان قطعاً صورة، فهو فسخ معنى؛ لأن المعقود عليه يعود إلى ملكها بكمالها كما خرج، فجعل فسخاً من وجه دون وجه.

٣٩٠٨- والأصل أن العقد متى إن فسخ من وجه دون وجه، يعتبر فاسداً؛ لأنه لو انفسخ من كل وجه ارتفع أصل العقد، وصفة الجواز جميعاً، فإذا انفسخ من وجه دون وجه يرتفع الجواز، ويبقى أصل العقد اعتبادا للمعنيين، وإذا ثبت أن سبب ملكها يفسد بالطلاق قبل الدخول، فنقول: فساد السبب لا يمنع ثبوت الملك في البدل بعد القبض، فأولى أن لا يمنع البقاء أما فساد السبب قبل القبض يمنع ثبوت الملك في البدل، ليمنع البقاء، وإنما ينتقض الملك بعد القبض بالقضاء، أو بالرضاء، كما في المقبوض بحكم العقد الفاسد، وكذلك ينتقض بقول الزوج قد فسخت على ما ذكره القدوري لما ذكرنا أنه فسد سبب ملكها، ولكل واحد من المتعاقدين ولاية فسخ السبب الفاسد، كما في البيع الفاسد، وبعد ما وجد القضاء، أو الرضاء، أو انتقض الملك يقتصر[2] الانتقاض على حالة القضاء، أو الرضاء، حتى لو كان المهر مملوكاً واكتسب اكتساباً بعد الطلاق، فالكسب يكون للمرأة، هكذا ذكره شيخ الإسلام في "شرحه".

٣٩٠٩- وفي زكاة "الجامع": ما يدل عليه ولو كان المهر دراهم، أو دنانير، أو مكيلاً، أو موزوناً في الذمة فقبضت، فطلقها قبل الدخول بها، فعليها رد مثل نصف ما قبضت، وليس عليها رد عين المقبوض؛ لأن للدراهم والدنانير لا يتعينان في عقد النكاح، فلا يتعينان في فسخه.

٣٩١٠- ولو كان المهر عبداً في الذمة، أو إبلاً في الذمة، أو ثوباً في الذمة، ثم عينه

---

(١) وفي "م": والنكاح بالطلاق قبل الدخول ينفسخ من وجه دون وجه؛ لأن الطلاق قبل الدخول إن كان قطعاً... إلخ.

(٢) وفي "ظ": يقتضي.

يدفعه إليها، ثم طلقها قبل الدخول بها، فعليها رد نصف ما قبضت.

من المشايخ من أبى ذلك، وقال: إذا لم يكن العبد أو الإبل معيناً وقت العقد، فالمرأة لا تستحق عين العبد، وعين الإبل، وإنما تستحق أحد الشيئين الوسط من المسمى، أو قيمته، والخيار إلى الزوج، فعند فسخ النكاح بالطلاق قبل الدخول كيف يستحق الزوج عليها نصف العبد، ونصف الإبل.

ومنهم من صحح ذلك وقال: العبد والإبل إن لم يكن معيناً وقت العقد إلا أن بعد ما عيناه التحق بالمعين وقت العقد، وجعل كأن العقد من الابتداء ورد على هذا المعين، وإنما التحق بالمعين وقت العقد ضرورة أنه لو لم يلتحق وجب عليها بالطلاق قبل الدخول ما وجب على الزوج بالعقد، ولا وجه إليه؛ لأنه يقع التفاوت بين نصف المقبوض، وبين قيمة المقبوض؛ لأن الحيوان ليس من ذوات الأمثال، وكذا يقع التفاوت بين نصف المقبوض وبين قيمته؛ لأن قيمته إنما تعرف بالحزر والظن، وعليها رد مثل نصف المقبوض بلا زيادة ولا نقصان، والتحرز عن هذا التفاوت ممكن بإيجاب رد نصف المقبوض، وإلحاق المقبوض بالمعين وقت العقد، فألحقنا المقبوض بالمعين وقت العقد، وأوجبنا رد نصف المقبوض، بخلاف ابتداء العقد؛ لأن الاحتراز عن هذا التفاوت في ابتداء العقد بإيجاب المعين غير ممكن، إذ هي حالة العقد غير متعين، أما بعد الطلاق تعين المقبوض بالتعيين، فأمكن إيجاب نصفه احترازاً عن التفاوت فأوجبنا ذلك، وهذا بخلاف الدراهم والدنانير؛ لأن الدراهم والدنانير بالتعيين لا يلتحق بالمعين وقت العقد، فكيف يلتحق؟ وإن عينها وقت العقد لا يتعين وقت العقد، إذا وقعت الفرقة بين الزوجين لمعنى من قبل الزوج قبل الدخول بها، إن وقعت الفرقة بالطلاق لفظاً أو حكماً، لا لفظاً يوجب سقوط نصف الصداق، وإن وقعت بما هو فسخ من كل وجه، بأن لم يوجد لفظ الطلاق، ولا حكمه يوجب سقوط كل الصداق. وهذا لأن الفرقة من قبل الزوج قد يكون بما هو فسخ من كل وجه.

٣٩١١- ألا ترى أن غير الأب والجد إذا زوج الصغير امرأة، ثم بلغ قبل الدخول، واختار الفرقة، وفسخ القاضي بينهما العقد، كان ذلك فسخاً من كل وجه حتى يسقط كل الصداق، ففي كل موضع وجد الطلاق لفظاً، أو ثبت حكمه كانت الفرقة بالطلاق، فيسقط نصف الصداق، وصارت الفرقة الواقعة من قبل الزوج بحكم الفسخ نظير الفرقة الجائية من قبل المرأة قبل الدخول بها، وإنها فسخ من كل وجه؛ لأنه يتعذر أن يجعل تلك الفرقة بالطلاق؛ لأنها لا تملك الطلاق، وتملك الفسخ، فإنها تملك الفسخ بخيار البلوغ، وعدم

الكفاءة، فاعتبر فسخاً من كل وجه، فيوجب سقوط كل الصداق، وهنا لأن سقوط نصف المهر كما خرج عن ملكه من غير سبب جديد طلاق حقيقة وحكماً، وكل ما كان في معناه من كل وجه، أو من وجه دون وجه يلتحق به، وما لا فلا، ولهذا قلنا: إذا ارتد الزوج، أو قبل أم امرأته بشهوة قبل الدخول بها سقط نصف المهر؛ لأنه فسخ معنى، وطلاق حكماً، فإن حكم الطلاق ثبوت الحرمة، وقد ثبتت الحرمة، والزوج يملك إثبات الحرمة بالطلاق، فيعتبر طلاقاً في حق المرأة، فيوجب سقوط النصف، وإذا اشترى منكوحته قبل الدخول بها يسقط كل الصداق، والفرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول بها، ومع هذا سقط الصداق كله؛ لأن الفرقة وقعت لما هو فسخ من كل وجه؛ لأنه لم يوجد الطلاق، لا لفظاً ولا معنى، فإن الحرمة لم تثبت ههنا هذه الجملة في «شرح الجامع».

٣٩١٢ - وفي «الملتقى»: رجل وكّل رجلاً بشراء امرأته الأمة، فاشتراها الوكيل من المولى حتى فسد النكاح، فلا مهر للمولى على الزوج، ولو باعها المولى من رجل ثم إن الزوج اشتراها من المشتري، فعليه نصف المهر للمولى الأول؛ لأن في هذا الوجه لم يكن من قبله معونة على فساد النكاح.

٣٩١٣ - ولو وكّل الزوج من يشتريها له، ووكّل المولى من يبيعها، فاشتراها وكيل الزوج من وكيل المولى، فقد بطل المهر، ولو باعها المولى من أجنبي، وخرج المشتري بها إلى بلدة أخرى، وعلى الزوج في السفر إليها مؤنة، فلا مهر لها على الزوج حتى يؤتى بها في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وكذلك في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى.

نوع آخر في المهر يزيد أو ينقص في يد الزوج أو في يد المرأة، فطلقها[1] الزوج قبل الدخول بها:

٣٩١٤ - إذا حدثت الزيادة في يد الزوج في المهر، فإن كانت متصلة كالسمن والجمال، فإنها تتنصف مع الأصل بالطلاق قبل الدخول بالإجماع، وإن كانت منفصلة، فإن كانت متولدة من العين كالولد، أو كانت مستفادة بسبب العين كالعقر والأرش، فإنها تتنصف مع الأصل[2] بالإجماع؛ لأن هذه الزيادة صداق بمنزلة الزيادة المتولدة من المبيع مبيع على ما يأتي

(١) وفي ب و م: فيطلقها.

(٢) وفي ط: من الأصل.

بيّنه في هذه[1] المسألة، والقبض شبيه بالعقد، فكانت الزيادة الموجودة عند القبض كالموجودة الذي عند العقد[2]، وإن كانت الزيادة مستفادة بسبب المنافع كالكسب والغلة، فالأصل يتنصف بالطلاق قبل الدخول بالإجماع، وأما الزيادة فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا تتنصف، بل يكون الكل للمرأة، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: تتنصف الزيادة مع الأصل.

٢٩١٥- قال القدوري في شرحه: ولو أجر الزوج المهر فالأجرة له ويتصدق بها، وهذا لأن المنافع تتقوم[3] بالعقد عندنا، والعقد كان من الزوج [غير أنه يتصدق بالأجرة، لأنها حصلت عن محل مملوك لغيره فتمكن فيه خبث، هذا إذا حدثت الزيادة في يد الزوج][4].

٢٩١٦- وإذا حدثت الزيادة في يد المرأة ثم طلقها قبل الدخول، فهذه الزيادة لا تتنصف بلا خلاف، وهل تمنع تنصيف الأصل؟ فإن كانت الزيادة منفصلة وقد استفيدت بسبب المنافع كالكسب والغلة، لا تمنع تنصيف الأصل، وإن كانت الزيادة متولدة من العين كالولد، أو كانت مستفادة بسبب العين كالأرش تمنع تنصيف الأصل، وعلى المرأة نصف قيمة الأصل يوم قبضت، وكذلك لو لم يطلقها الزوج في هذه الصورة، ولكن ارتدت أو قبّلت ابن الزوج، فعليها رد جميع القيمة يوم القبض، وصار أثر الردة في حق الكل بمنزلة أثر الطلاق في حق النصف.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في الردة والتقبيل: أنه يجب عليها رد الأصل والزيادة، فرّق بين الردة والتقبيل، وبين الطلاق، وإن كانت الزيادة الحادثة في يد المرأة متصلة كالسمن والجمال، فإنها تمنع تنصيف الأصل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وأبي يوسف، وعلى المرأة نصف قيمة الأصل يوم القبض، وقال محمد رحمه الله تعالى: لا تمنع تنصيف الأصل.

٢٩١٧- ولو هلكت هذه الزيادة ثم طلقها كان لها نصف الأصل؛ لأن المانع من التنصيف قد ارتفع، ولو حدثت هذه الزيادة في يد المرأة بعد الطلاق أو الردة، ثبت حق الزوج

---

(١) وفي ب، ظ، ف: تلك المسألة.

(٢) هكذا في م، وكان في ب، ظ، ف: كالموجود الذي عند العقد.

(٣) وفي ف: متقوم.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ، م، ف.

في الزيادة، هكذا ذكره القدوري رحمه الله تعالى؛ لأن الصداق في يدها في هذه الصورة بمنزلة المقبوض بحكم العقد الفاسد، فيجب عليه الرد بزوائدها المتصلة والمنفصلة جميعاً.

وفي "المنتقى"[1]: قال هشام: سألت محمداً رحمه الله تعالى عن من تزوج امرأة على نخيل صغار طول النخلة قدر شبر، وسلمها إليها، فمكثت حتى صار النخيل في طول الرماح، إلا أنها لم تحمل، ثم طلقها قبل الدخول بها، قال: له أن يأخذ نصفها بالعدد، فقد أشار إلى أن الزيادة المتصلة في يد المرأة تتنصف، وأنه يخالف رواية الأصل على ما بينا.

٣٩١٨- قال هشام: قلت لمحمد رحمه الله تعالى: فإن تزوجها على زرع حنطة بقل دفعه إليها، وأعارها الأرض حتى بلغ الزرع، وانعقد الحب، فإن كان الحب قد اشتد، فلا سبيل للزوج [على الزرع][2]؛ لأنه قد خرج من الحالة التي تزوجها عليه، قلت: فإن تزوجها على عشرين شاة عجاف، فأمسكها إليها حتى حملت، ودر اللبن في ضروعها، ثم طلقها قبل أن يدخل بها، قال: يأخذ نصفها على حالها، هذا هو الكلام في الزيادة.

٣٩١٩- جئنا إلى النقصان، فنقول: إذا انتقص المهر في يد الزوج، ثم طلقها قبل الدخول بها، فهذا على وجوه: أحدها: أن يكون النقصان بآفة سماوية، وإنه على وجهين، إن كان النقصان يسيراً كان لها نصف الخادم معيباً من غير ضمان النقصان، ليس لها غير ذلك. وإن كان النقصان فاحشاً فلها الخيار، إن شاءت تركت المهر على الزوج وضمنته نصف قيمته يوم العقد، وإن شاءت أخذت نصف الخادم معيباً من غير أن يضمن الزوج ضمان النقصان.

٣٩٢٠- الوجه الثاني: أن يكون النقصان بفعل الزوج، وإنه على وجهين أيضاً: إن كان النقصان يسيراً، فإنها تأخذ نصف الخادم، ويضمن الزوج نصف قيمة النقصان، وليس لها أن تترك الخادم على الزوج، وتضمن نصف قيمة الخادم [وإن كان النقصان فاحشاً إن شاءت أخذت نصف قيمة الخادم][3] يوم العقد وتركت الخادم، وإن شاءت أخذت نصف الخادم معيباً وضمنت الزوج نصف قيمة النقصان.

٣٩٢١- الوجه الثالث: أن يكون النقصان بفعل المرأة، وفي هذا الوجه لها نصف الخادم لا شيء لها غير ذلك، ولا خيار لها سواء كان النقصان يسيراً أو فاحشاً.

---

(١) وفي ب و ف: رجل.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

(٣) أثبت من "ف" و "م" و "ظ".

٣٩٢٢- الوجه الرابع: أن يكون النقصان بفعل الصداق، ففي ظاهر الرواية هذا كالنقصان بآفة سماوية، وروي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى إن هذا بمنزلة تعيب الزوج(١).

٣٩٢٣- الوجه الخامس: أن يكون النقصان بفعل الأجنبي، وإنه على وجهين: إن كان يسيراً، فإنها تأخذ نصف الخادم، ويضمن الأجنبي نصف قيمة النقصان ليس لها غير ذلك، وإن كان فاحشاً إن شاءت أخذت نصف الخادم، واتبعت الأجنبي بنصف قيمة النقصان، وإن شاءت تركت الخادم على الزوج، وأخذت من الزوج نصف قيمة الخادم يوم العقد، ثم الزوج يتبع الجاني بجملة النقصان، هذا إذا حصل النقصان في يد الزوج.

٣٩٢٤- وإن حصل النقصان في يد المرأة، ثم طلقها قبل الدخول بها، فإن كانت بآفة سماوية، والنقصان يسير أخذ الزوج نصف المهر معيباً ليس له غير ذلك، وإن كان النقصان فاحشاً إن شاء أخذ النصف كذلك معيباً من غير ضمان النقصان، وإن شاء ترك ذلك على المرأة، وضمّنها نصف قيمته صحيحاً يوم القبض؛ لأن نقصه غير مضمون عليها؛ لأنها قبضت ملك نفسها، فما حدث من النقصان لا يكون مضموناً عليها، لكن الزوج يتخيّر؛ لأنه وجب عليه الرد بما قبضت.

٣٩٢٥- وإن كان هذا النقصان في يد المرأة بعد الطلاق، ذكر الحاكم الشهيد، أن هذا وما لو كان النقصان قبل الطلاق سواء، وعامة المشايخ رحمهم الله تعالى على أن للزوج أن يأخذ نصفها مع نصف النقصان، هكذا ذكر القدوري في شرحه، وهو الصحيح لما ذكرنا أنّ الصداق في يد المرأة بعد الطلاق بمنزلة المقبوض بحكم بيع فاسد، فيكون مضموناً بجميع أجزائه، وإن شاء أخذ نصف قيمته يوم قبضت، وإن كان النقصان قبل الطلاق أو بعد الطلاق بفعل المرأة، فهذا وما لو كان النقصان بآفة سماوية سواء، وإن كان النقصان بفعل المهر، فكذلك الجواب أيضا.

٣٩٢٦- وإن كان النقصان قبل الطلاق بفعل الأجنبي يقطع حق الزوج عن المهر، وعليها نصف القيمة للزوج يوم قبضت؛ لأنّ الأجنبي قد ضمن الأرش، فتصير هذه الزيادة منفصلة، إلا أن تكون هي أبرأت [الزوج](٢) الجاني عن الجناية، أو هلك الأرش في يدها قبل الطلاق، فحينئذ يتنصّف المهر لزوال المانع، وإن كان هذا النقصان بعد الطلاق، ذكر الحاكم الشهيد:

(١) في م: بمنزلة تعيب الزوج.

(٢) هكذا في ب و ف.

الثاني استيفاء لملكه، ومن استوفى منفعة ملك مرارًا لا يلزمه إلا بدل واحد في ابتداء الوهلة، والثابت في حق الابن شبهة الاشتباه، تمكن في وطء استيفاء ملك الغير، فيجب بكل وطء مهر، وعلى هذا إذا وطئ جارية امرأته مرارًا [يجب لكل وطء مهر؛ لأن له شبهة اشتباه، ولو وطئ مكاتبته مرارًا](١) فعليه مهر واحد؛ لأن له شبهة ملك، هذه الجملة في واقعات الناطفي.

٢٩٣٤- وإذا وطئ أحد الشريكين الجارية المشتركة مرارًا، يجب بكل وطء نصف مهر، إذ ليس له في النصف الثاني شبهة ملك، فصار بمنزلة جارية الابن، ذكره في العيون. وفي نوادر هشام أيضًا، عن محمد رحمه الله تعالى: إذا اشترى جارية ووطئها مرارًا، ثم استحقت فعليه مهر واحد، وإذا استحق نصفها، فعليه نصف مهر.

٢٩٣٥- وفي نوادر هشام أيضًا: عن محمد رحمه الله تعالى. في صبي ابن أربع عشرة سنة، جامع امرأة ثيبًا وهي نائمة لا تدري، فلا مهر عليه، وإن كانت بكرًا، فافتضها، فعليه مهر مثلها، وإن جامع أمة ثيبًا، فلا مهر عليه، وإن كانت بكرًا، فافتضها، فعليه المهر، وكذا المجنون. وفي أخر حدود شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده: الصبي إذا زنى بصبية فعليه المهر؛ لأنه مؤاخذ بأفعاله، وإن أقر الصبي بذلك فلا مهر عليه، وإذا زنى الصبي بامرأة حرة بالغة عاقلة، فأذهب عذرتها، إن كانت مكرهة ضمن الصبي المهر، وإن كانت طائعة دعته إلى نفسها، فلا مهر عليه، والصبية إذا دعت صبيًا إلى نفسها، وأذهب عذرتها، فعليه المهر؛ لأن أمرها لم يصح في إسقاط حقها، بخلاف البالغة، والأمة إذا دعت صبيًا وزنى بها لزمه المهر؛ لأن أمرها لم يصح في حق المولى.

٢٩٣٦- وفي واقعات الناطفي: فإذا وطئ منكوحته مرارًا، ثم ظهر أنه كان حلف بطلاقها يلزمه مهر واحد؛ لأن له شبهة ملك، وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: رجل طلق امرأته ثلاثًا وهو يجامعها، ثم مر على جماعه إياها حتى قضى حاجته منها، فلا حد عليه ولا مهر، إلا أن يكون أخرجه بعد الطلاق، ثم عاد إلى المخالطة، فيكون ذلك جماعًا مستقبلاً؛ لأن الجماع ليس بجماع تام إلا بابتداء وإدخاله، ثم بإخراجه، وإذا كان الجماع أوله وآخره حلالاً، فهذا ليس بجماع تام على الحرمة، فدرئت عنه الحد، ولم ألزمه المهر، قال: وكذلك العتق على هذا، قال: ولو زنى بامرأة، ثم تزوجها وهو على

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط وم وف.

ذلك الفعل، ثم يبرأ على جماعه، ثم طلقها فإني أدرأ عنه الحد، وألزمه مهرين، مهراً بابتداء المسيس، ومهراً آخر بالتزوج؛ لأن تمكنه على الجماع لا يكون أقل من الخلوة في إيجاب المهر، ألا ترى أنها لو حملت من جماعه ذلك كان ابنه، ولا أجعل هذا منه إحصاناً.

وفي نوادر المعلى: عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل غصب جارية، وجامعها فيما دون الفرج، وجاءت بولد، فإن كانت بكراً، فعليه المهر، وإن كانت ثيباً، فلا مهر عليه، وعنه أيضاً: إذا وطئ الرجل امرأة أبيه بشبهة من قبل أن يدخل بها الأب، فإن كان علم أنها امرأة أبيه، فعليه لها مهر بالدخول، ونصف مهر للأب بما أفسد عليه، وإن كان لا يعلم أنها امرأة أبيه فعليه مهر بالدخول، وعلى الأب لها نصف المهر في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى. قال الحاكم أبو الفضل: ذكر هذه المسألة بخلاف هذا في رواية بشر.

٣٩٣٧- وفي "المنتقى": بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: لو أن أخوين تزوج أحدهما بامرأة، والآخر بابنتها، فأدخلت كل واحدة منهما على غير زوجها ودخل بها، فقد بانت منهما امرأتاهما، وعلى كل واحد منهما لامرأته نصف المهر، والذي وطئها مهر مثلها، وليس لواحد منهما أن يتزوج بامرأته بعد ذلك، ولزوج الأم أن يتزوج الابنة التي وطئها مهر مثلها، وإن كانت ربيبة إلا أنه لم يدخل بالأم، وليس لزوج الابنة أن يتزوج الأم التي وطئها؛ لأنها أم امرأته، وكذلك لو لم يكن بين الزوجين قرابة.

٣٩٣٨- وفي "المنتقى": رجل وابنه تزوجا امرأتين أجنبيتين، فأدخلت كل واحدة منهما على زوج صاحبتها فوطئها، فعلى كل واحد مهر التي وطئها، ولا شيء عليه لامرأته؛ لأن الوطء كان بمطاوعة منها، فالبينونة من قبلها، وفيه أيضاً: رجل وابنه تزوج أحدهما بامرأة، والآخر بابنتها، فأدخلت امرأة الأب على الابن، وأدخلت امرأة الابن على الأب فوطئاهما، فإن على الواطئ الأول نصف مهر امرأته، وجميع مهر الموطوءة، ولا شيء على الواطئ آخراً من مهر امرأته، فإن كان الوطء منهما معاً، فلا شيء على واحد منهما لامرأته، وفيه أيضاً، إذا قال لامرأته -ولم يدخل بها-: أنت طالق حين أخلو بك، أو قال: إذا خلوت بك، فخلا بها وجامعها، فعليه مهر ونصف مهر، مهر بالدخول، ونصف مهر بالطلاق قبل الدخول، ولا أثر للخلوة في هذه الصورة في تأكيد المهر؛ لأن المهر إنما يتأكد بالخلوة وإذا كان فيها مدة يمكنه الدخول فيها، وإن لم يكن جامعها بعد الخلوة فعليه نصف المهر

٣٩٣٩- وفيه أيضاً: إذا قال لأجنبية: إذا تزوجتك وخلوت بك ساعة فأنت طالق، فتزوجها وخلا بها، ودخل بها وقع الطلاق عليها، ولها مهران: مهر بالخلوة، ومهر بالدخول

الفصل السابع عشر في النكاح الفاسد وأحكامه

٣٩٤٢- إذا وقع النكاح فاسدًا، وفرّق القاضي بين الزوج وبين المرأة، فإن لم يكن دخل بها، فلا مهر ولا عدة، وإن كان قد دخل بها، فلها الأقل مما سمّى لها ومن مهر المثل إن كان ثمه مسمّى [وإن لم يكن ثمة مسمّى][1] فلها مهر المثل بالغًا ما بلغ، ويجب العدة ويعتبر الجماع في القبل حتى يصير مستوفيًا المعقود عليه، وتعتبر العدة من حين يفرّق بينهما عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى، ولكل واحد من الزوجين فسخ هذا النكاح بغير محضر من صاحبه عند بعض المشايخ رحمهم الله تعالى، وعند بعضهم: إن لم يدخل بها فكذلك الجواب، وإن دخل بها، فليس لواحد منهما حق الفسخ إلا بمحضر من صاحبه، كما في البيع الفاسد لكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ بغير محضر من صاحبه قبل القبض، وليس له ذلك بعد القبض.

٣٩٤٣- وإذا فرّق القاضي بين الزوج وامرأته بحكم فساد النكاح، وكان ذلك بعد الدخول بها، حتى وجب عليها العدة، ثم تزوجها في العدة نكاحًا صحيحًا، ثم طلقها قبل الدخول بها، فلها المهر الثاني كاملاً، وعليها عدة مستقبلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وعند محمد: يجب نصف المهر الثاني، ويلزمها تتمة العدة الأولى.

٣٩٤٤- وكذلك لو كان النكاح الأول صحيحًا، وطلقها تطليقة بائنة بعد ما دخل بها، ثم تزوجها في العدة، ثم طلقها في النكاح الثاني قبل الدخول بها، فلها المهر الثاني كاملاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، والحاصل أن الدخول في النكاح الأول دخول في النكاح الثاني [إذا حصل النكاح الثاني][2] في العدة، وأجمعوا على أن النكاح الثاني لو كان فاسدًا، وفرّق بينهما قبل الدخول بها في النكاح الثاني لا يجب المهر الثاني، لتمكنه[3] من الدخول شرعًا، وذلك بالعقد الفاسد لا يكون، ولهذا الطريق قلنا: إن الخلوة في العقد الفاسد لا يكون موجبًا للمهر والعدة، هذه الجملة في نكاح الأصل في باب الكفاءة.

٣٩٤٥- وذكر في فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: رجل تزوج امرأة نكاحًا فاسدًا، وجاءت بولد إلى ستة أشهر، ثبت النسب، والنكاح الفاسد بعد الدخول في حق النسب بمنزلة

(١) أثبت من ظ.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) أثبت من ظ، وكان في الأصل: فتمكنه

النكاح الصحيح، وتعتبر المدة، وذلك ستة أشهر من وقت النكاح عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وعند محمد من وقت الدخول. قال الفقيه أبو الليث: والفتوى على قول محمد رحمه الله تعالى؛ لأن النكاح الصحيح إنما يقام مقام الوطء؛ لأنه داع إليه شرعاً، والنكاح الفاسد ليس بداع، فلا يقام مقام الوطء، وذكر في كتاب الدعوى من الأصل: إذا تزوجت الأمة بغير إذن مولاها، ودخل بها الزوج، وولدت[1] لستة أشهر منذ تزوجها، فادعى المولى والزوج فهو ابن الزوج؛ لأن النكاح الفاسد عند [اتصال][2] الدخول به في حق النسب ملحق بالنكاح الصحيح، والجواب في النكاح الصحيح ما قلنا، كذا هنا. فقد اعتبر المدة من وقت النكاح لا من وقت الدخول، فإنه وضع المسألة فيما إذا ولدت لستة أشهر منذ تزوجها، ولم يحك فيه خلافاً.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى: هذه المسألة دليل على أن الفراش ينعقد بنفس العقد في النكاح الفاسد، خلافاً لما يقوله بعض مشايخنا أنه لا ينعقد إلا بعد الدخول.

٣٩٤٦- وذكر شيخ الإسلام: أن الفراش لا ينعقد في النكاح الفاسد إلا بالدخول، وتأويل هذه المسألة على ما ذكر شيخ الإسلام أن الدخول كان عقيب النكاح بلا فصل، فتكون المدة من وقت النكاح ومن وقت الدخول سواء. إذا تزوجها نكاحاً فاسداً، وخلا بها، وجاءت بولد، وأنكر الزوج الدخول، فعن أبي يوسف رحمه الله تعالى روايتان: في رواية، قال: يثبت النسب، ووجب المهر، والعدة، وفي رواية، قال: لا يثبت النسب، ولا يجب المهر، ولا العدة، وهو قول زفر رحمه الله تعالى، وإذا لم يجب بها لا يلزمه منه الولد.

٣٩٤٧- في مجموع النوازل: الطلاق في النكاح الفاسد ليس بطلاق على الحقيقة، بل هو متاركة؛ حتى لا ينتقص من عدد الطلاق، والمتاركة في النكاح الفاسد لا يتحقق بعدم مجيء كل واحد منهما إلى صاحبه، وإنما يتحقق بالقول بأن يقول الزوج مثلاً: تركتك، تركتها، خليت سبيلك، خليت سبيلها.

(١) وفي ب و م: ثم ولدت.

(٢) هكذا في م.

فالنكاح جائز، وإن جاءت بالولد بعد النكاح لستة أشهر فصاعدًا ثبت النسب منه، ويرث منه؛ لأنها جاءت به في مدة حمل تام عقيب نكاح صحيح، وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر لا يثبت النسب ولا يرث منه، إلا أن يقول: هذا الولد مني، ولم يقل من الزنا. في «فتاوى أبي الليث» رحمه الله تعالى. وفيه أيضًا: رجل له جارية يطأها، ويعزل عنها، فجاءت بولد، فإن كانت الجارية غير محصنة تخرج وتدخل، وأكبر ظن الرجل أن الولد ليس منه، فهو في سعة من نفيه، وإن كانت محصنة لا يسعه النفي، ولا يعتمد العزل؛ لأنه قد يعزل في الفرج الخارج، ويظن أنه لا يدخل ويدخل متى عزل، وعاد وجامع قبل أن يبول فتحبل؛ لأنه يبقى الماء في ذكره، فالعزل مما لا يعتمد عليه العزل.

٢٩٥٧ - وفيه أيضًا في كتاب العتاق: جارية هربت من مولاها يومًا، ثم وجدها وقد كان يطأها ويعزل عنها، فظهر بها حبل، وولدت بعد ستة أشهر منذ هربت، ومات الولد، فإن كانت الجارية قد ذهبت إلى متهم بها، فالمولى في سعة من بيعها؛ لأن الغالب أن الولد من فجور، وإن كانت الجارية عفيفة لم يظهر منها فجور، لا ينبغي له أن يبيعها، وينبغي أن يشهد أنها أم ولده، حتى لا تباع بعد موته. هذا حق لازم ديانة؛ لأن الغالب أنه منه. فالعزل مما لا يعتمد عليه على ما قلنا.

٢٩٥٨ - وإذا طلق الرجل امرأته الصغيرة تطليقة بائنة، ومات عنها زوجها، فهذا على ثلاثة أوجه: الأول: أن تدعي حملًا بعد الموت والبينونة في مدة العدة، وفي هذا الوجه الحكم فيها والحكم في الكبيرة سواء.

٢٩٥٩ - الوجه الثاني: أن تقر بانقضاء العدة عند مضي ثلاثة أشهر من البينونة، أو عند مضي أربعة أشهر وعشر من الموت، ثم جاءت بالولد، إن جاءت بالولد لتمام ستة أشهر من وقت الإقرار لا يثبت، فإن جاءت به لأقل من ذلك يثبت النسب. وإن كانت ساكتة لم تدع الحبل، ولم تقر بانقضاء العدة، فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى إن جاءت بالولد لأقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق، أو لأقل من عشرة أشهر وعشرًا من وقت الموت يثبت النسب، وإن كان لتسعة أشهر فصاعدًا من وقت الطلاق، ولعشرة أشهر وعشر من وقت الموت لا يثبت، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يثبت النسب إن جاءت لأقل من سنتين، وإن كان الطلاق رجعيًا يثبت النسب إذا جاءت بالولد لأقل من سبعة وعشرين شهرًا؛ لأنا نحكم بالعلوق كان في مدة العدة، وصار به مراجعًا، وأما المتوفى عنها زوجها إذا كانت كبيرة يثبت نسب ولدها في السنتين - والله أعلم -

بيع مال المولى ليس بداخل تحت الإذن في التجارة ، وكسب العبد المحجور خالص مال المولى ، ألا ترى أنه لو باع هذا المال بعد الإذن في التجارة لا يجوز ، وإذا لم يكن مع هذا المال داخلاً تحت الإذن لم يكن إدخال بإجازة ذلك البيع [تحت الإذن] من حيث إنها إتمام لذلك البيع ، أما الإجازة في باب النكاح إتمام لذلك النكاح[1] ؛ لأن نكاح أي امرأة شاء العبد داخل تحت الإذن ، ألا ترى أن العبد يملك التزوج بأي امرأة شاء بعد إذن المولى ، فيملك ما كان من إتمامه.

٣٩٦٩- ومن المشايخ رحمهم الله تعالى من قال : القياس والاستحسان في هذه المسألة من وجه آخر ، القياس : أن يبطل النكاح الموقوف بإذن المولى عبده في النكاح ، فلا يعمل إجازة العبد . وفي الاستحسان : لا يبطل ، فتعمل إجازته .

٣٩٧٠- ثم على جواب الاستحسان لا ينفذ هذا العقد من غير إجازة ، بخلاف ما إذا عتق هذا العبد حيث ينفذ ذلك النكاح عليه من غير إجازة . وفيه أيضاً : إذا أذن الرجل لعبده أن يتزوج على رقبته [فتزوج على رقبته][2] أمة ، أو مدبرة ، أو أم ولد ، بإذن مواليهن جاز النكاح ، وصار رقبة العبد لمواليهن ، وإنما جاز النكاح ؛ لأنه لو لم يجز[3] من حيث إنه يقارن نكاحهن ما ينافي نكاحها ، وهو ملكها رقبة زوجها من حيث أن الملك في المهر يثبت للأمة أولاً ، ثم ينتقل إلى المولى ، وليس كذلك ، بل الملك [في المهر يثبت للمولى ابتداء][4] ؛ لأن المملوك ليس من أهل الملك . ولو قلنا : إن الملك يثبت لها ابتداء ؛ لأن هذا الإقرار له ، فلا يكفي لفساد النكاح .

٣٩٧١- وإن تزوج حرة على رقبته لا يجوز ؛ لأنها تملك رقبة زوجها لو أجاز النكاح مقارناً بالنكاح ؛ لأن الملك في البدلين في المعاوضات يقع معاً ، وهذا ملك له قرار ، فيمنع صحة النكاح ، ألا ترى أنه لو طرأ على النكاح أبطله ، فإذا قارنه منع ثبوته مع ثبوته .

٣٩٧٢- وكذلك لو تزوج مكاتبة على رقبة ، كان النكاح باطلاً ؛ لأنه لو أجاز هذا النكاح ثبت لها حق التملك في رقبة زوجها ؛ لأن للمكاتب في الكتابة حق الملك ، هذا إذا أذن له أن يتزوج امرأة على رقبته ، أما إذا أذن له أن يتزوج امرأة ، ولم يقل : على رقبتك فتزوج امرأة حرة ، أو مكاتبة ، أو مدبرة ، أو أم ولده على رقبته ، جاز النكاح بقيمته استحساناً ، بخلاف ما

(١) أثبت من "ب" و "ف" و "ظ" .

(٢) أثبت من "ب" و "ف" و "ظ" .

(٣) وفي "ب" و "ف" : لأنه لو لم يجز إنما لم يجز من حيث إنه ... إلخ .

(٤) أثبت من "ظ" .

إذا أذن له أن يتزوج حرة أو مكاتبة على رقبته، فإنه لا يجوز.

٣٩٧٣- وإذا أمر مكاتبه أو مدبره أن يتزوج على رقبته [فتزوج على رقبته][1] أمة أو مدبرة أو أم ولد، جاز وهذا ظاهر؛ لأنه يجوز مثل هذا من العبد، مع أن العبد يقبل النقل من ملك إلى ملك.

٣٩٧٤- وكذلك لو تزوج حرة أو مكاتبة؛ لأن المرأة لا تملك شيئاً من رقبة الزوج مهما؛ لأن المكاتب والمدبر لا يقبلان النقل من ملك إلى ملك بخلاف العبد، وإذا صح النكاح يجب على المكاتب والمدبر قيمتهما، يسعيان في ذلك؛ وهذا لأنه إن تعذر تصحيح النكاح هنا بعين المسمى أمكن تصحيحه بقيمة المسمى؛ لأن المسمى صار معلوماً، إلا أنه معجوز التسليم لحق مستحق شرعاً، لا لفساد العقد، وفي مثل هذا يجوز النكاح بالقيمة، كما لو تزوج امرأة على عبد الغير، ولم يجز ذلك الغير.

٣٩٧٥- وفي «الجامع» أيضاً: عبد تزوج حرة، أو أمة، أو مكاتبة، أو أم ولد، أو مدبرة على رقبته بغير إذن المولى، فبلغ المولى ذلك فأجازه، فإن كان تزوج أمة، أو مدبرة، أو أم ولد، عمل إجازته وصح النكاح، وإن كان تزوج حرة أو مكاتبة لا تعمل إجازته، وإن كان قد تزوج على رقبته حرة وقد دخل بها لزمه الأقل من قيمتها ومن مهر المثل، بعد ذلك ينظر إن دخل بها بعدما أجاز المولى النكاح، يكون ذلك ديناً في رقبته يباع فيه، إلا أن يفديه المولى، وإن دخل بها قبل إجازة المولى النكاح يؤاخذ به بما لزمه بعد العتق؛ وهذا [لأن هذا][2] النكاح فاسد، والمهر في النكاح الفاسد لا يجب بمجرد العقد [وإنما يجب بالعقد][3] والدخول آخرهما، فيضاف الوجوب إليه.

إذا ثبت هذا، فنقول: إذا دخل بها بعد إجازة المولى، والإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء، كان النكاح والدخول حاصلاً بإذن المولى؛ لأن إذن المولى بالعقد إذن بالدخول، والإذن بالدخول يوجد في المستقبل معتبر. وكان هذا ديناً لزمه بسبب هو مأذون فيه، فيؤاخذ به في الحال، فأما إذا دخل بها قبل إجازة المولى فالإذن في حق العقد إن عمل؛ لأنه قائم، ثم ينفسخ بعد، ففي حق الدخول لم يعمل؛ لأنه قضي وانقضى حقيقة، فبقي الدخول بغير إذن، فكان هذا ديناً لزمه بسبب هو ليس بمأذون فيه، فيؤاخذ به بعد العتق. وإن كان تزوج على رقبته

(١) أثبت من ب، ز، ف، ظ.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ، ز، ف.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ، ز، ف.

أمة أو مدبرة أو أم ولد وقد دخل بها، أو دخل بها بعد إجازة المولى النكاح، لا يجب إلا المسمى، وهو رقبة العبد لمولاتها؛ لأن الدخول حصل في نكاح نافذ، وإن دخل بها قبل إجازة المولى النكاح، فكذلك الجواب لا يجب إلا المسمى، وهو رقبة العبد لمولاها. بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: ما ذكر جواب الاستحسان، والقياس أن يجب مهر المثل بالدخول، والمسمى بالعقد، وقاسوا هذه المسألة على مسألة ذكرها في الأصل.

٣٩٧٦- وصورتها: عبد تزوج امرأة بغير إذن مولاه بألف درهم، ودخل بها قبل إجازة المولى النكاح، ثم أجاز المولى النكاح، ذكر أن القياس أن يلزمه مهر المثل بالدخول والمسمى بالنكاح؛ لأنه بالدخول قبل الإجازة لزمه مهر المثل؛ لأنه دخل بها عن شبهة، وبالإجازة بعد النكاح يلزمه المسمى في النكاح. وفي الاستحسان: يجب المسمى لا غير؛ لأن مهر المثل في مثل هذه الصورة لم يجب بالدخول، بل يجب باعتبار العقد، لأنه لولا العقد لكان الواجب هو الحد، والمسمى واجب بالعقد أيضًا، والعقد الواحد لا يوجب مهرين.

وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: ما ذكر من القياس ثمة لا يأتي هاهنا؛ لأن مولى الأمة ملك رقبة العبد بعد الإجازة، فيسقط مهر المثل الواجب بالدخول عن شبهة؛ إذ المولى لا يستوجب على عبده دينًا، وإذا سقط ذلك في مسألتنا يجب المسمى، ومهر المثل على طريق القياس، لا كذلك مسألتنا في الأصل.

٣٩٧٧- وإذا زوّج أمته من عبده لا مهر لها عليه، واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى في تخريج المسألة، بعضهم قالوا: لا يجب المهر أصلاً؛ لأنه لا فائدة في إيجابه، وقال بعضهم: يجب، ثم يسقط.

٣٩٧٨- وإذا أعتقت الأمة، فلها الخيار؛ لأن بالعتق ازداد الملك عليها؛ لأن الملك قبل العتق يزول بتطليقتين، وبعد العتق لا يزول إلا بثلاث تطليقات، فكان لها أن تدفع زيادة الملك عن نفسها، وذلك برد أصل النكاح، فثبت لها رد أصل النكاح، وكما يثبت لها الخيار بالعتق حال قيام النكاح يثبت لها الخيار بالعتق في العدة عن طلاق رجعي، هكذا ذكر في «المنتقى»[1]. ويستوي أن تكون الأمة صغيرة أو كبيرة، إلا أنها إذا كانت صغيرة لا تتصرف بحكم هذا الخيار فسخًا ولا إجازة ما لم تبلغ، فسخًا بأن تختار نفسها، وإجازة بأن تختار زوجها لتردده بين الضرر والنفع، والصغيرة لم تتأهل بعد لهذا التصرف، ولا ينوب وليها عنها في التصرف بحكم هذا الخيار أيضًا؛ لأنه نائب قائم مقامها، فإذا بلغت خيرها القاضي خيار العتق، ولا يخيرها

(١) في ب، و م: «المختصر».

فصل الغد: خيار العتق غير ثابت، ولم يثبت له خيار البلوغ، والمعنى ما ذكرنا أن الإنكاح ممن من له ولاية قائمة، ولأن نكاح المملوك من المولى باعتبار ملكه، ولم يكن حقاً للعبد عليه بطريق النظر، حتى يجب التخيير بطريق النظر، بخلاف ما إذا أنشأ النكاح بعد العتق وهو صغير؛ لأنه حق على المولى بطريق النظر، فكان هو بمنزلة اليتيم، فيجب التخيير بطريق النظر.

٣٩٨٦- رجل كاتب جاريته وهي بنت عشر سنين، ولم تبلغ وقبلت الكتابة فالكتابة جائزة؛ لأن الكتابة منفعة محضة، لأنها تعتق بأداء كسب يكون للمولى من غير عتق، والصبي العاقل من أهل هذا التصرف فإن زوّجها المولى بعد ذلك من غير إذنها توقف النكاح على إجازتها؛ لأن الكتابة لما صحت من الصغيرة العاقلة حسب صحتها من البالغة كانت الصغيرة المكاتبة فيما يبتنى على الكتابة بمنزلة البالغة.

٣٩٨٧- فإن كانت المكاتبة بالغة وزوّجها مولاها بغير رضاها يتوقف على إجازتها، كذا هنا. فإن لم ترد النكاح حتى أدت فعتقت بقي النكاح موقوفاً، والمكاتبة على إجازة المولى لا على إجازتها، حتى يجوز بإجازة المولى، فرق بين هذا وبين المكاتبة إذا زوّجت نفسها من رجل بغير إذن المولى ثم إنها أدت فعتقت نفذ النكاح عليها من غير إجازة، وإنما كان كذلك؛ لأنها إذا زوجت نفسها بغير إذن المولى فالنكاح إنما يتوقف على المولى لا لحقها، وحق المولى زال بالعتق، فزال التوقف كالراهن إذا باع الرهن ثم قضى بالدين، فأما إذا زوج المولى المكاتبة بغير رضى المكاتبة فالتوقف لحق المكاتبة؛ لأن المكاتبة صارت حرة يداً، وحرية اليد التي كان توقف النكاح من المولى لأجلها الكتابة، إذا أدت بالعتق تأكد الموجب للتوقف، فإذا بقي التوقف[١]، وكان كالعبد إذا تزوج بغير إذن المولى، ثم أذن المولى في التزويج، فإنه لا ينفذ ذلك النكاح من غير إجازة العبد أو المولى، وإن صار للعبد ولاية التزويج بالإذن؛ لأن التوقف كان لحق المولى لقيام ملكه في رقبته، وبعد الإذن ملك المولى كان باقياً فبقي التوقف، إلا أنه لا يعمل إجازتها بعد ما عتقت قبل أن تبلغ بحكم الصغر، وينفذ بإجازة المولى؛ لأن الولاية تحولت إلى المولى بحكم الولاء؛ لأنه عصبتها إذا لم يكن لها ولي أقرب منه.

قال [أصحاب][٢] مشايخنا رحمهم الله تعالى: هذه المسألة من أعضل المسائل وأصعبها، فإنهم صححوا إجازة المكاتبة الصغيرة؛ لأن نكاحها قبل العتق، وقبل العتق هي حرة يداً لا رقبة، ولم يصححوا [إجازتها] بعد العتق، وبعد العتق هي حرة يداً ورقبة.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، أثبتناه من ط ...

(٢) [illegible] ...

وصحّحوا[1] إجازة المولى نكاحها بعد العتق باعتبار أصل الملك وهو الولاء، ولم يصحّحوا إجازته قبل العتق الذي هو حال قيام الملك حقيقة.

أما الأول؛ فلأنّ قبل العتق هي مكاتبة، والمكاتبة وإن كانت صغيرة، فهي ملحقة بالبالغة حكمًا في حق الأحكام التي تبنى على الكتابة، ولو كانت بالغة حقيقة صحّ إجازتها، فكذا إذا كانت ملحقة بالبالغة حكمًا. فأما بعد العتق لم تبقَ مكاتبة، وبطل إلحاقها بالبالغة، فصارت القضية الأصلية[2] والصغيرة بقضية الأصل ليست من أهل الإجازة، كما أنها ليست من أهل ابتداء النكاح.

وأما الثاني؛ فلأنّ قبل العتق هي ملحقة بالبالغة، ولو كانت بالغة حقيقة لاتعمل إجازة المولى عليها، فكذا إذا ألحقت بالبالغة، وبعد العتق بطل إلحاقها بالبالغة، فهذه حرّة صغيرة، والمولى وليّها إذا لم يكن لها وليّ أقرب منه، فيملك إجازة النكاح عليها كما يملك الإنشاء عليها.

ثم إذا أجاز المولى نكاحها، وعمل إجازته ونفذ النكاح عليها، كان لها الخيار إذا بلغت عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى؛ لأنّ الإجازة بمنزلة النكاح مبتدأ، فكأنه تزوّجها بعد العتق. ولو كان كذلك كان لها خيار البلوغ؛ لأنه زوّجها بأثر الملك وهو الولاء، فكان ناقص الولاية [وكان كالأخ][3] والعم.

٢٩٨٨- ولو أنّ هذه المكاتبة الصغيرة حين زوّجها المولى رضيت بالنكاح وهي صغيرة بعد، حتى صحّ رضاها ونفذ النكاح، ثم أدّت فعتقت لا خيار لها حتى تبلغ، كالأمة الصغيرة إذا أعتقت، فإذا بلغت فلها خيار العتق عند علمائنا رحمهم الله تعالى كما ذكرنا، وليس لها خيار البلوغ، وكان ينبغي أن يكون لها خيار البلوغ؛ لأنّ ولاية المولى بحكم الملك، وبعد الكتابة ملكه ناقص، فالتزويج صدر عمن هو ناقص الولاية. والجواب: [إنما][4] لا يثبت لها خيار البلوغ، لوجهين: أحدهما: أنه يثبت لها خيار العتق؛ لأنه أعمّ، فلا يفيد إثبات خيار البلوغ معه.

والثاني: أنّ صدور العقد عمن له ولاية ناقصة، إنما يثبت الخيار إذا لم يوجد الرضى من

---

(١) أثبت من جميع النسخ التي اعتمدنا عليها.

(٢) وفي "ب" و"ف": فعلات.

(٣) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: وهو الأخ

(٤) أثبت من "ف" و"ب" و"م".

أخرى، نحو أن يعتق، فتختار زوجها، ثم ترتد مع الزوج، ثم تسبى فتعتق، فتختار نفسها.
وقال محمد رحمه الله تعالى: يثبت خيار واحد، إذا اختارت المعتقة نفسها قبل الدخول بها [فلا مهر لها أصلاً، وإن اختارت بعد الدخول بها][1] وجب المسمى لسيدها، ولو اختارت زوجها كان المسمّى لسيدها، دخل بها أو لم يدخل بها.

٣٩٩١- إذا زوجت الأمة نفسها بغير إذن مولاها، ثم أعتقها المولى نفذ العتق لما قلنا في جانب العبد، ولا خيار للأمة، ويجب مهر واحد إن لم يكن الزوج دخل بها قبل العتق[2] ويكون لها؛ لأنه ملك بضعها وهي حرة؛ لأن نفاذ النكاح بعد العتق، فصار كما لو عقد العقد عليها وهي حرة، ولأجل ذلك قال: لا خيار لها، وإن كان الزوج قد دخل بها قبل العتق فالقياس أن يجب مهران، مهر للمولى بالدخول بشبهة النكاح قبل العتق، ومهر لها بنفوذ العقد، وفي الاستحسان لا يجب إلا مهر واحد وهو[3] للمولى؛ لأن وجوب المهر بالدخول في هذه الصورة لا يكون إلا بالعقد، ألا ترى أنه لو لم يسبق العقد لا يجب المهر بل يجب الحد، والعقد الواحد لا يوجب إلا مهراً واحداً، فإذا وجب مهر واحد للمولى لا يجب مهر آخر لها.

٣٩٩٢- وأما المدبرة إذا زوجت نفسها بغير إذن مولاها، ثم مات مولاها وعتقت، نفذ النكاح عليها كما في الأمة، هكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى.

٣٩٩٣- وفي المنتقى: إن خرجت المدبّرة من الثلث جاز النكاح، وإن لم تخرج لم يجز في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى حتى تؤدي، ويجوز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى.

٣٩٩٤- وأما أم الولد إذا زوّجت نفسها بغير إذن مولاها، ثم مات المولى حتى عتقت، فهل ينفذ النكاح عليها؟ لم يذكر هذا الفصل في الأصل، ومشايخنا رحمهم الله تعالى فصّلوا الجواب فيه تفصيلاً، وقالوا: إن كان الزوج قد دخل بها قبل موت المولى ثم مات المولى[4] نفذ النكاح [عليها][5]، وإن لم يدخل بها الزوج حتى مات المولى بطل النكاح. قيل: هذا الجواب إنما يستقيم على رواية ابن سماعة، فإن على روايته أم الولد إذا

(١) أثبت من نسخ ترجمة الله

(٢) وفي [illegible] العتق

(٣) وفي م: يكون

(٤) أثبت من النسخ التي اعتمدت عليها.

(٥) هكذا في ب.

زوّجت نفسها بغير إذن المولى، ودخل بها الزوج قبل الإجازة، ثم مات المولى لا يجب عن المولى العدّة، فينفذ النكاح، أما على ظاهر الرواية يجب العدّة عن المولى، فلا ينفذ النكاح. وإن لم يدخل بها الزوج حتى مات المولى لا ينفذ النكاح لأجل العدّة التي لزمتها للمولى، ولو لم يمت المولى ولكن أعتقها، فهو على هذا التفصيل أيضًا، إن أعتقها قبل أن يدخل بها الزوج بطل النكاح إلى آخر ما ذكرنا في فصل الموت.

٣٩٩٥- وإذا زوّج أحد الشريكين الجارية المشتركة بدون رضا صاحبه، ودخل بها الزوج، ثم ردّ الآخر النكاح فللمزوّج الأقل من نصف مهر المثل، ومن نصف المسمّى؛ لأنه راضٍ بالمسمّى؛ ورضاه معتبر في حقه، وللآخر نصف مهر المثل بالغًا ما بلغ؛ لأنه لم يرض ببطلان شيء من حقه، وإن لم يدخل بها الزوج حتى ردّ الآخر النكاح، فلا مهر لواحد منهما، خلا بها الزوج أو لم يخل؛ وهذا لأنّ الخلوة إنما تعتبر في النكاح الصحيح، وهذا النكاح لم يصح. قال البقالي في فتاواه: ومهر مثل الأمة على قدر الرغبة فيها، وعن الأوزاعي ثلث قيمتها. في البقالي أيضًا: إذا زوّج أمته ثم أعتقها [ثم زاد الزوج في مهرها][1] فالزيادة للمولى، رواه ابن رستم عن محمد رحمه الله تعالى، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنّ الزيادة لها، وكذلك لو باعها، ثم زاده فالزيادة للمشتري.

٣٩٩٦- في "المنتقى": ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: أمة تزوّجت بغير إذن المولى، ثم وطئها المولى، لم يكن ذلك نقضًا للنكاح، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه ينفسخ النكاح. ولو باعها على أنه بالخيار فهو نقض للنكاح من قبل أنّ البيع ينفذ إذا سكت عن نقضه، حتى تمضي مدة الخيار

٣٩٩٧- بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أمة تزوّجت بغير إذن المولى، ثم إن المولى أوصى بها لرجل، فإن قبلها صاحب الوصيّة انفسخ النكاح [وإن لم يقبل لا ينفسخ النكاح، وإن رهنها لا ينفسخ النكاح. ولو مات المولى وتركها ميراثًا فهذا في القياس ملك حادث، فيكون فسخًا للنكاح][2]. وفي الاستحسان لا ينفسخ؛ لأنّ الوارث يقوم مقام المورّث في تركته. في "المنتقى": ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: عبد تزوّج حرة بغير إذن مولاه ودخل بها، ثم تزوّج أمة لم يكن تزوّجه الأمة في عدة الحرة ردًّا لنكاح الحرة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: هو ردّ،

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وقـ.

(٢) أثبت من النسخ الموجودة لنا جميعًا.

بناء على أن عند أبي حنيفة: لا يتزوج الأمة في عدة الحرة خلافًا لهما.

٢٩٩٨- ولو تزوج حرة ودخل بها، ثم تزوج أختها لم يكن ذلك ردًّا للنكاح الأول. في "نوادر بشر بن الوليد" عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: عبد تزوج بغير إذن مولاه أمة رجل بإذنه، ثم قال: لا حاجة لي في نكاحها، فهذا رد له، ولو لم يقل ذلك حتى دخل بها، ثم تزوج بعض من لا يصح له نكاحها في عقده، لم يكن ذلك نقضًا للنكاح. في "المنتقى": تزوج العبد حرة بإذن المولى على غير مهر، ثم جعل المولى العبد لامرأته مهرها، وقبلت ذلك، انتقض النكاح حين ملكته، وعليها أن ترد العبد إن لم يكن دخل بها.

٢٩٩٩- قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع": رجل زوّج أمته برضاها من رجل بغير أمر الزوج، والزوج بالغ عاقل، خاطب عنه أبوه أو غيره(١) بغير أمره، حتى توقف النكاح على إجازة الزوج، فأعتق المولى الأمة قبل أن يجيز الزوج النكاح، بقي النكاح كذلك موقوفًا على إجازة الزوج، وأيهما شاء نقض هذا النكاح، يعني الأمة أو الزوج قبل إجازة [الزوج](٢)، صحّ نقضه. أما إذا نقض الزوج فظاهر، وأما إذا نقضت الأمة فلأن حكم العقد يلزمها عند الإجازة، فكان لها النقض؛ دفعًا لحكم العقد عن نفسه، ثم نقضها صحيح وإن لم يعلم به الزوج؛ لأن المولى متصرف في النكاح في حق الزوج، وتصرفاته فضولي غير منعقد في حق الحكم، فصار عقد المولى في حق الزوج بمنزلة غير المنعقد، فكان النقض في حق الزوج امتناعًا عن العقد، لا إلزامًا على الزوج، فيصحّ من غير علم الزوج، بخلاف البيع بشرط الخيار إذا فسخه من له الخيار(٣) بغير علم صاحبه، حيث لا يصح عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى؛ لأن البيع بشرط الخيار منعقد، وإنما الحكم معلق، فصار الفسخ إلزامًا على صاحبه، فيتوقف على علمه.

٤٠٠٠- ولو أراد المولى أن ينقض هذا العقد بعد العتق قبل إجازة الزوج، لم يذكر هذا الفصل في الكتاب.

وقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، والصحيح أنه ليس له ذلك، وإن أجاز الزوج النكاح بعدما عتقت حتى نفذ النكاح، لم يكن لها خيار العتق؛ لأن الإجازة بمنزلة نكاح

---

(١) وفي ف و ب: [illegible]

(٢) هكذا في جميع النسخ التي اعتمدنا عليها، وكان في الأصل: النكاح.

(٣) أثبت من جميع النسخ التي اعتمدنا عليها.

[فاسدًا](1) ابتداءً في حق الحكم، فكأنه زوّجها بعد العتق برضاها، وهنا لا يثبت لها خيار العتق كذا هنا، ويكون المهر للمعتقة. ولو كان المولى زوّجها بغير رضاها، وباقي المسألة بحالها، ثمّ إن الأمة بعد ما أعتقت نقضت النكاح قبل إجازة الزوج أو بعد إجازة الزوج، فإنه يعمل نقضها في الحالين، فرّق بين هذا وبين ما إذا زوّجها(2) برضاها، ثم نقضت الأمة النكاح بعد ما أعتقت، وقد أجاز الزوج النكاح حيث لا يعمل نقضها. والفرق: أنّ في الفصلين جميعًا يعتبر الإجازة بابتداء العقد، فإذا كان النكاح عليها برضاها، يجعل المولى كالمستأنف للعقد عليه برضاها بعد العتق، ولو استأنف العقد عليها برضاها بعد العتق، وأجاز الزوج النكاح، لا يصحّ نقضها بعد ذلك، وإذا كان النكاح عليها بغير رضاها يجعل المولى كالمستأنف للعقد عليها بعد العتق بغير رضاها، كان له أن ينقضه بعد إجازة الزوج وقبلها

٤٠٠١- قال في "الأصل": وإذا زوّج الرجل أمته، أو مدبّرته، أو أم ولده، وبوّأها بيتًا مع زوجها، ثم بدا له أن يستخدمها، ويردّها إلى منزله فله ذلك؛ لأنّ للمولى حق استخدامها بحكم الملك، والملك قائم في المحلّ، فلا يسقط بالتبوئة، ألا ترى أنه لا يسقط بالإنكاح. وكذلك لو كان شرط ذلك للزوج كان الشرط باطلاً لا يمنعه ذلك من استخدامها؛ لأنّ المستحق للزوج بالنكاح ملك البضع، ومنافع لسائر الأعضاء باقية على ملك المولى، فيصير المولى معيرًا منافع سائر الأعضاء التي بقيت على ملكه، والإعارة شرعت غير لازمة، وليس إلى العباد تغيير المشروع، فيلغو هذا الشرط.

٤٠٠٢- رجل زوّج أمته من عبد رجل، فولدت بينهما أولادًا، فالأولاد لمولى الأمة؛ لأنّ الولد يتبع الأم في الملك، ألا ترى أنّ الولد يتبع الأم في الرقّ والحرّية.

٤٠٠٣- تزوّج الرجل أمة على أنها حرّة [فأخبرت عن حرية نفسها، ثم ظهر بعد ذلك أنها أمة قد أذن لها المولى في النكاح، وقد ولدت ولدًا، فالولد حرّ بالقيمة لمكان الغرور، ويضمن الأب ذلك للمولى، وتعتبر القيمة يوم الخصومة، ولو مات الولد قبل الخصومة، فلا ضمان على الأب فيه، ويرجع الزوج بقيمة الولد عليها إذا أعتقت؛ لأنها لما زوّجت نفسها منه على أنها حرّة](3)، فقد ضمنت له سلامة الأولاد في ضمن عقد المعاوضة، فكان بمنزلة الكفالة بعد العتق، وإن ظهر أنها مدبّرة، أو مكاتبة، أو أم ولد، فكذلك الجواب في

---

(1) أثبت من "ف".

(2) هكذا في النسخ الثلاثة عندنا، وكان في "ظ": زوجها.

(3) أثبت من النسخ التي اعتمدنا عليها.

ظاهر الرواية. وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: إذا ظهر أنها أم ولد، فلا شيء على الأب؛ لأن ولد أم الولد لا قيمة له عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، كما لا قيمة لأم الولد، ألا ترى أنه لا يضمن بالغصب عنده كما لا يضمن أم الولد.

وروى الحسن عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى: أنه إذا ظهر أنها مكاتبة، فلا شيء على الأب؛ لأنه لو ضمن على الأب ضمن لها، وهي إنما تسعى لتحصيل الحرية لنفسها أو لولدها، ففي حرية ولدها تحصيل بعض مقصودها، فكيف يجب الضمان به، فيرجع الزوج بقيمة الأولاد عليه بعد العتق لا قبله، هذا كله إذا اشترطت الأمة الحرية للزوج بغير إذن المولى. فأما إذا اشترطت ذلك بإذن المولى يجب عليه قيمة الولد للزوج للحال، إلا في المكاتبة؛ فإن المكاتبة لا تؤاخذ بقيمة الأولاد للحال وإن أذن له المولى بشرط الحرية؛ لما ذكرنا أن ضمان الغرور بمنزلة ضمان الكفالة، والمكاتب لا يؤاخذ بضمان الكفالة في الحال وإن أذن له المولى. ولو مات الولد في هذه الصورة، وترك مالاً، فالمال لأبيه بحكم الإرث، ولا ضمان على الأب فيه، يريد به لو مات الولد قبل الخصومة؛ وهذا لأن الضمان على المغرور بالمنع بعد الطلب، وإن مات قبل الخصومة لم يوجد المنع بعد الطلب، فلم يوجد سبب الضمان. ولو قتل الولد وأخذ الأب قيمته، كان عليه قيمة الولد لمولى الأمة؛ لأنه سلم له بدل نفسه، وحكم البدل حكم المبدل، فيتحقق المنع بعد الطلب.

٤٠٠٤- ولو مات الأب في هذه الصورة وبقي الولد، أخذ المولى قيمته من تركة الأب، ولا يرجع بها بقية الورثة في [حصة][1] الولد، وإن لم يترك الأب شيئاً لم يؤاخذ الولد بشيء، كما لا يؤاخذ بسائر ديون الأب، وإن كان المخبر من حرية الجارية رجلاً أجنبياً، إلا أن الرجل المخبر لم يزوجها إياه، بل الزوج تزوجها بنفسه على أنها حرة، فالزوج لا يرجع على الرجل المخبر بقيمة الولد؛ لأنه لم يضمن له سلامة الولد نصاً، ولا في ضمن عقد المعاوضة؛ لأنه ما زوجها منه. ولكن يرجع بقيمة الولد على الحرة إذا أعتقت لما ذكرنا.

٤٠٠٥- وإن كان الرجل[2] المخبر زوجها منه على أنها حرة، فالزوج يرجع بقيمة الولد على المخبر للحال، أما الرجوع [فلأنه][3] ضمن له سلامة الولد في ضمن عقد المعاوضة،

(١) هكذا في ... وكان في الأصل: حق.

(٢) وفي ب: حرية.

(٣) أي: من جميع البيع الذي اعتمدنا عليه.

أما في الحال [فلأنّ الحرّ يؤخذ بضمان الكفالة في الحال][1].

قال في "المنتقى": قال إبراهيم: سألت محمداً رحمه الله تعالى عن امرأة قالت للقاضي: زوّجني فإني حرّة، فزوّجها وقد ولدت أولاداً، ثم استحقت؟ قال: يأخذ المستحق، وعقرها، وقيمة ولدها، ولا يرجع على القاضي بشيء، ولكن يرجع عليها بقيمة الولد إذا أعتقت. وإن كان المغرور عبداً، أو مكاتباً، أو مدبراً، بأن تزوج واحد من هؤلاء امرأة بإذن المولى على أنها حرّة، ثم ظهر أنها أمة، لا يكون مغروراً حتى لا يكون الولد حراً بالقيمة، بل يكون رقيقاً، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى آخراً، وكان أبو يوسف أولاً يقول: الولد حرّ بالقيمة يجب على الأب بعد العتق، وهو قول محمد رحمه الله تعالى.

٤٠٠٦- اشترى جارية وزوّجها قبل القبض، إن تمّ البيع جاز النكاح، وإن انتقض البيع بطل النكاح عند أبي يوسف رحمه الله تعالى، خلافاً لمحمد. قال الصدر الشهيد: والمختار قول أبي يوسف؛ لأنّ البيع إذا انتقض قبل القبض، ينتقض من الأصل، ويصير كأن لم يكن، فيكون النكاح باطلاً.

عبد طلب مولاه أن يزوّجه معتقة فأبى، ثم تشفّع العبد أن يأذن له في التزوّج، فأذن له متعب، فتزوّج المعتقة جاز؛ لأنّ الإذن حصل مطلقاً أو عاماً. في "مجموع النوازل": في فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: إذا أذن الوارث مكاتبة مورّثه في النكاح جاز؛ لأنهم إن لم يملكوا رقبة، فالولاء لهم.

٤٠٠٧- وفيه أيضاً: عبد تزوّج امرأة، ثم امرأة، ثم امرأة، فبلغ المولى فأجاز الكل، فإن لم يكن دخل بهنّ جاز نكاح الثالثة؛ لأنّ الإقدام على نكاح الثالثة ردّ لنكاح الأولى والثانية، بقي الموقوف نكاح الثالثة، وإن كان دخل بهنّ فسد نكاحهنّ؛ لأنّ الإقدام على نكاح الثالثة لا يمكن أن يجعل ردّاً بعده للأولى والثانية، ونكاح الثالثة في عدّة الأولى والثانية لا يجوز.

٤٠٠٨- وكذلك الحرّ إذا تزوّج عشر نسوة بغير إذنهنّ، فبلغهنّ فأجزن جميعاً [جاز نكاح][2] التاسعة والعاشرة؛ لأنّ نكاح الخامسة [ردّ لنكاح الأربع التي قبلها، ونكاح التاسعة ردّ لنكاح الخامسة][3]، والسادسة، والسابعة، والثامنة، فكان الموقوف نكاح التاسعة

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) أثبت من النسخ التي اعتمدنا عليها.

والمباشرة.

٤٠٠٩ - في «الأصل»: الأب يملك تزويج أمة ولده الصغير، وكذا الوصي، ولا يملكان تزويج عبد الصغير، وهل يملكان تزويج أمة الصغير من عبده؟ سيأتي في فصل المتفرقات.

٤٠١٠ - والمكاتب يملك تزويج أمته، وكذا الشريك شركة مفاوضة، وأما العبد المأذون [والصبي المأذون](١)، والشريك شركة عنان، والمضارب، لا يملكون تزويج الأمة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وقال أبو يوسف: يملكون، والله تعالى أعلم.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الفصل العشرون
في نكاح الكفار

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

٤٠١١ – نوع منه في نكاح أهل الذمة: كل نكاح جائز بين المسلمين فهو جائز بين أهل الذمة، وما لا يجوز بين المسلمين فهو أنواع: منها النكاح بغير شهود، قال [محمد](١): إذا تزوج الذمي ذمية بغير شهود وهم يدينون ذلك فهو جائز، حتى لو أسلما يقران على ذلك عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى، وكذلك إذا لم يسلما ولكن طلبا من القاضي حكم الإسلام أو طلب أحدهما ذلك، فالقاضي لا يفرق بينهما.

٤٠١٢ – وكذلك نكاح معتدة الغير، قال محمد رحمه الله تعالى: إذا تزوج الذمي بامرأة وهي معتدة الغير، إن وجبت العدة من مسلم كان النكاح فاسدا بالإجماع، ويتعرض لهم في ذلك قبل الإسلام وإن كانوا يدينون جواز النكاح في حال العدة، وإن وجبت العدة من كافر وهم يدينون جواز النكاح في حالة العدة، فما داموا على الكفر لا نتعرض لهم بالإجماع، وإن أسلما أو أسلم أحدهما، فعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يفرق بينهما، وكذلك إذا لم يسلما، ولكن ترافعا إلى القاضي وطلبا حكم الإسلام، أو رافع أحدهما، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فالقاضي لا يفرق بينهما أسلما أو أسلم أحدهما، رافعاه أو رافع أحدهما.

واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى في تخريج قوله: وأكثرهم على أن العدة لا تجب عنده على الذمية من الذمي؛ لأن خطاب العدة لم يعمل في حقهم، ألا ترى أنهم لو لم يدينوا وجوب العدة لا يتعرض لهم في ذلك، وهذا [لأنهم لا يخاطبون بحقوق الشرع، وأما إن تجب لحق الزوج، ولا وجه إليه](٢)؛ لأن العدة إنما تجب عليها حقا للشرع، ولا وجه إليه إذا كان الزوج لا يعتقد ذلك، بخلاف ما إذا كانت العدة من المسلم؛ لأن خطاب العدة إذا كانت العدة من مسلم [تعمل](٣) في حقهم، ألا ترى أنهم لو لم يدينوا وجوب العدة من المسلم

(١) أضيف من ك و ب.

(٢) هكذا في ب.

(٣) هكذا في ب و ظ، وكان في الأصل: لم

يتعرض[1] لهم في ذلك ؛ وهذا لأنه أمكن إيجاب العدة من المسلم لحقه إن لم يمكن إيجابها لحق الشرع ، وإذا لم تجب العدة [من المسلم لحقه إن لم يمكن][2] على الذمية من الذمي ، كان النكاح مصادفًا محلاً فارغًا [فيصح][3].

٤٠٤٣ - ومنها : نكاح المحارم ، والجمع بين [الخمس ، والجمع بين][4] الأختين ؛ قال محمد رحمه الله تعالى : إذا تزوج ذمي محارمه ، أو تزوج بخمس نسوة ، أو بأختين ، فما داموا على الكفر أو لم يرافعوا إلينا لا يتعرض لهم بالاتفاق ، إذا كانوا يدينون على ذلك ، غير أن على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هذا النكاح يقع فاسدًا حالة الكفر ، حتى لو طلبت من القاضي[5] النفقة فالقاضي لا يقضي لها بذلك ، ولا يجري الإرث بينهما ، وإذا دخل بها يسقط إحصانه ، حتى لو أسلم بعد ذلك وقذفه قاذف لا يحد ، وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه ، قال مشايخ العراق : يقع فاسدًا ، وقال مشايخنا : يقع جائزًا ، واتفقوا على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا يجري الإرث ، ويقضي القاضي بالنفقة ، ولا يسقط إحصانه متى دخل بها ، واتفقوا على قوله أيضًا أنه لو تزوج أختين في عقدة واحدة ، ثم فارق إحداهما قبل الإسلام ، ثم أسلما أقرا على نكاحها على الصحة[6] حتى يقرا عليه ، والباقي غير الثابت ، وإنه دليل جواز هذا النكاح.

فإن أسلما ، أو أسلم أحدهما يفرق بينهما بالإجماع ، وكذلك إذا لم يسلما ، ولكن رفعا الأمر إلى القاضي ، وإن رفع أحدهما الأمر إلى القاضي فالقاضي يفرق بينهما. قال القدوري في كتابه : وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : يفرق القاضي بينهما إذا علم بذلك ، سواء رفعا إليه أو لم يرافعا.

٤٠٤٤ - وإذا طلق الذمي امرأته ثلاثًا ، أو خالعها ، ثم أقام عليها ، فرافعته إلى السلطان ، فالقاضي يفرق بينهما بالاتفاق ، بخلاف نكاح المحارم على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، فإنه لا يفرق بينهما بمرافعة أحدهما.

وأما إذا تزوجها بعد انقضاء الثلاث برضاها قبل التزوج بزوج آخر ، فالأمر هذا ونكاح

---

(١) هكذا في ط ، وفي ب : فعرض ، وكذا في الأصل : تعرض.

(٢) هكذا في الأصل ، وهو تكرار.

(٣) ثبت من م ، ف.

(٤) أثبت من م.

(٥) وفي م : قاضي المسلمين.

للمحارم في جميع التفريعات على السواء، هكذا ذكر في "الأصل"[1].

٤٠١٥- وفي "القدوري": إذا طلق امرأته ثلاثاً، أو خالعها، ثم أقام عليها فإنه يفرق بينهما وإن لم يترافعا. قوله: وإن لم يترافعا يحتمل ترك المرافعة [منهما][2]، ويحتمل ترك المرافعة][3] من أحدهما. وإذا تزوج الذمي ذمية على أن لا مهر لها صح ذلك، ولا شيء لها وإن أسلمت في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لها مهر مثلها.

٤٠١٦- ولو تزوجها وسكت عن المهر فلها مهر المثل في ظاهر رواية "الأصل": قال أبو الحسن الكرخي: قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا فرق بين حالة السكوت والنفي، ولا يجب المهر إلا إذا سمى.

٤٠١٧- ولو تزوجها على ميتة أو دم، فلها مهر مثلها في رواية "الأصل"، وذكر في "الجامع الصغير" أنه لا يجب شيء. ولو تزوجها على خمر، أو خنزير، فهو جائز، ولها المسمى. فإن أسلما، أو أسلم أحدهما، فإن كان الخمر والخنزير عيناً في العقد فلها ذلك، وليس لها غيره في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لا يجب الخمر والخنزير بعد إسلام أحدهما، وأجمعوا على أنه إذا سمى الخمر والخنزير ديناً في الذمة لم يجب لها غير ذلك، ولم يكن لها أن تقبض. بعد هذا قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: يجب لها في الخمر القيمة، وفي الخنزير مهر المثل. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لها مهر المثل في الخمر والخنزير، سواء كان بعينه، أو بغير عينه. وقال محمد رحمه الله تعالى: لها القيمة في ذلك كله، وإن كان المهر مقبوضاً قبل الإسلام، فلا شيء لها سواه. ويجوز المناكحة بين أهل الذمة وإن اختلفت شرائعهم، والمولود بين الكتابي والمجوسي [تابع للكتابي][4] في مناكحته للمسلمين، وفي ذبيحته عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى.

٤٠١٨- قال في "الأصل": وإذا زوجت صبية من صبي، وهما من أهل الذمة فأدركا، فإن كان المزوج أباً فلا خيار لهما- لأن الشفقة لا تتغير، وإن كان المزوج غير الأب والجد،

(١) هكذا في م، وفي بقية النسخ التي عندنا: ثم أسلموا، لبقاء نكاحها على الصحة.

(٢) وفي ب و ف: بينهما.

(٣) ثبت من ظ و م.

(٤) ثبت من ظ و ب.

فلهما الخيار عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى.

٤٠١٩ - وإذا تزوجت الذمية ذميا، فقال الولي: هو ليس بكفء، لا يلتفت إلى قوله؛ لأنهم أكفاء بعضهم لبعض؛ لأن دار الشرك وصغار الجزية يجمعهم. ولا يظهر مع ذلك نقصان النسب، ألا ترى أنهم لو أسلموا كانوا على السواء، ولو تفاخروا بذلك، ولو أسلموا كذلك، فلا يكون للولي أن يخاصم فيه، إلا أن يكون أمرا مشهورا، نحو كانت بنت ملك خدعها حائك، أو كناس، فهنا يفرق بينهما، لا لانعدام الكفاءة، بل من تسكين الفتنة، والقاضي مأمور بتسكين الفتنة فيما بينهم، كما هو مأمور به فيما بين المسلمين.

نوع منه في نكاح أهل الحرب:

٤٠٢٠ - الحربي إذا تزوج حربية على أن لا مهر لها لا يجب المهر بلا خلاف، بخلاف الذميين على قولهما.

٤٠٢١ - وإذا تزوج الحربي بخمس نسوة، أو بأختين، ثم أسلم، وأسلمن معه، قال: فإن تزوج واحدة بطل نكاحهن، وإن تزوجهن في عقد متفرقة صح نكاح الأربع الأول، وبطل نكاح الخامسة، وكذلك الحكم في الأختين إن تزوجهما في عقدة واحدة بطل نكاحهما، وإن تزوجهما في عقدين متفرقين، صح نكاح الأولى، وبطل نكاح الثانية؛ وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: يختار من الخمس أربعا، ومن الأختين واحدة، سواء تزوجهن أو تزوجهما في عقدة واحدة، أو في عقد متفرقة

وجه قول محمد رحمه الله: إن الأنكحة وقعت صحيحة في الأصل؛ لأن حرمة الجمع بخطاب الشرع، وخطاب الشرع قاصر عنهم، ألا ترى أنه لو ماتت واحدة من الخمس، أو من الأختين، أو فارقهن قبل الإسلام، ثم أسلم كان نكاح الباقية على الصحة، وإنما تثبت حرمة الجمع في حقه من حالة الإسلام، فيجب الإعراض عما وجد في الابتداء من الاجتماع أو العقد والتفريق، فيجب اعتبار حالة الإسلام بدفع ما يتحقق به الجمع، وهو نكاح إحداهما في الأختين، ونكاح إحداهن في الخمس.

قال محمد رحمه الله في "السير الكبير": ولو كانت هذه العقود فيما بين أهل الذمة كان الجواب على قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن الخطاب بحكم الشرع في دار الإسلام يجعل ثابتا في حق أهل الذمة؛ وإن كنا لا نتعرض لهم ما لم يسلموا

وأبو حنيفة وأبو يوسف قالا: خطاب التحريم بسبب الجمع كان موجودا في دار الكفر، لكن امتنع عمله لمكان الكفر، فإذا زال الكفر بعمل الخطاب عمله على وجه لو كان قائما لكان عاملا. فيثبت الحكم المسبب له ابتداء. ولو نكحهن حرم نكاح الكل واحدة؛ لأن الجمع حصل بالكل وحرم نكاح الخامسة والأخت الثانية، فإن النكاح متفرق، فإنما الجمع حصل بها، كذا هذا.

٤٠٢٢ - وعلى هذا لو أسلم وله أم وبنت، وأسلمتا معه، فإن كان تزوجهما في عقد واحد بطل نكاحهما، ثم ينظر إن لم يكن دخل بهما، فله أن يتزوج الابنة دون الأم. وإن كان دخل بهما لم يكن له أن يتزوج بواحدة منهما، وكذلك إن كان دخل بالأم وحدها، وإن كان دخل بالابنة وحدها، فله أن يتزوج الابنة دون الأم. وإن كان تزوجهما في عقدين، فنكاح الأولى جائز، ونكاح الثانية فاسد، وهذا إذا لم يدخل بهما، أو دخل بالأولى ليبقى نكاح الابنة صحيح، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وأما على قول محمد: فسواء تزوجهما في عقدة واحدة، أو في عقدين، فنكاح الابنة صحيح؛ لأن العقد على الأم، والعقد على البنت يوجب حرمة الأم إلا أن يكون دخل بالأم، فحينئذ يفرق بينه وبينهما، وهذا إذا كان دخوله بالأم بعد ما تزوج الابنة، فإن كان قبل أن يتزوج الابنة، فنكاح الأم صحيح؛ لأن الدخول بها يحرم البنت، فإذا لم يصح نكاح البنت لا تحرم الأم بذلك، إلا أن يكون دخل بالابنة أيضا، فحينئذ يقع الفرقة بينه وبينهما بالمصاهرة، وليس له أن يتزوج واحدة منهما.

وإن أسلم الحربي وامرأته، وقد كان نكاحهما بعد أن طلقها ثلاثا قبل أن تنكح زوجا غيره فرق بينهما؛ لأن التطليقات الثلاث تقع في دار الحرب، كما في دار الإسلام، فإنهم يعتقدون ذلك، وهي سبب حرمة المحل إلى وقت إصابة الزوج الثاني بمنزلة الحرمة بالقرابة والرضاع. فكما أن ذلك يوجب التفريق بعد الإسلام، فكذلك هنا، وكذلك لو جامع أمها أو ابنتها، أو قبل واحدة منهما بشهوة؛ لأن الحرمة بسبب المصاهرة نظير الحرمة بسبب الرضاع، وذلك يتحقق في دار الحرب كما يتحقق في دار الإسلام، فهذا مثله.

٤٠٢٣ - إذا خرج أحد الزوجين من دار الحرب إلى دار الإسلام، وترك الآخر كافرا في دار الحرب، وقعت الفرقة بينهما عندنا. ثم إن كان الخارج هو الزوج، فلا عدة على المرأة بلا خلاف، وإن كان الخارج هي المرأة فلا عدة لها عند أبي حنيفة رضي الله عنه خلافا لهما، وقد مر في مسألة المهاجرة في هذا في فصل ما يجوز من الأنكحة، وما لا يجوز.

٤٠٢٤ - وكذا لو خرج أحدهما بطل النكاح إن كان ذمياً، ووقعت الفرقة بينهما، ولو خرج ذمياً بأمان لم يقع الفرقة بينهما.

ولو سبي الحربي مع أربع نسوة له بطل نكاح الكل عند أبي حنيفة وأبي يوسف، سواء تزوجن في عقد واحد، أو في عقد من فرقة، بخلاف ما إذا أسلم مع خمس نسوة تحته، أو مع أختين؛ لأن في هذه الصورة حال وقوع النكاح لم يكن سبب التحريم قائماً، وكان نكاح الأربع مشروعاً، فوجب اعتبار حالة البقاء، واعتبار حالة البقاء موجب بطلان نكاح الكل؛ لأن الجمع يقوم بالكل بخلاف مسألة الإسلام على ما ذكرنا.

نوع منه في نكاح المرتد:

٤٠٢٥ - إذا ارتد أحد الزوجين وقعت الفرقة بينهما في الحال، هذا هو جواب ظاهر الرواية، وبعض مشايخ بلخ و[بعض][1] مشايخ سمرقند رحمهم الله تعالى كانوا يفتون بعدم الفرقة بارتداد المرأة حسماً[2] لباب المعصية، وعامتهم على أن تقع الفرقة إلا أنها تجبر على الإسلام، وعلى النكاح مع زوجها الأول؛ لأن الحسم يحصل بالجبر على النكاح مع الأول، ومشايخ بخارى كانوا يفتون بهذا.

٤٠٢٦ - وفي «المنتقى»: عن أبي يوسف رحمه الله تعالى برواية ابن سماعة: إذا تكلمت بالكفر وقلبها مطمئن [بالإيمان، بانت][3]، وهي مشركة. ثم إن كانت المرأة هي المرتدة، ولم يكن الزوج [دخل بها، فلا مهر لها، وهذه فرقة بغير طلاق بلا خلاف، وإن كان الزوج هو المرتد، ولم يكن الزوج][4] دخل بها، فلها نصف المهر، وتكون هذه فرقة بغير طلاق عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وعند محمد: تكون فرقة بطلاق.

٤٠٢٧ - ولو ارتد الزوجان معاً لا تقع الفرقة استحساناً عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى، فإن أسلما فهما على نكاحهما، وإن أسلم أحدهما وقعت الفرقة بينهما، ويجعل إصرار صاحبه على الردة بعد إسلامه كإنشاء الردة منه. مسلم تحته نصرانية تمجسا معاً فهما على النكاح، قال: لأن هذا منهما ردة، فصار كما لو ارتدا معاً. قال: ولو تهودا بانت منه،

---

(١) هكذا في ب و ف و م.

(٢) حسماً. فقط مبدأ

(٣) هكذا في ب و م و ظ.

(٤) أثبت من جميع النسخ التي اعتمدنا عليها.

قال: لأن هذا منهما ليس بردة، فصار كأنه ارتد الزوج وحده. وروى هذه المسألة مع هذا التفصيل ابن رستم عن محمد رحمه الله تعالى.

وعن محمد رواية أخرى في التهود أنها لا تبين كما لو تمجسا. فحصل عن محمد رحمه الله تعالى فيما إذا تهودا روايتان. وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيما إذا تهودا روايتان أيضاً، وفيما إذا تمجسا رواية واحدة: أنهما على النكاح. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى روايتان في الفصلين جميعاً.

٤٠٢٨- وفي «الأصل»: إذا أسلم النصراني وتحته نصرانية، فتحولت إلى اليهودية وهي امرأته، كما لو كانت يهودية في الابتداء. وإن أسلم النصراني وتحته مجوسية، ثم ارتد عن الإسلام بانت منه؛ لأن النكاح بعد إسلامه بقي ما لم يفرق القاضي بينهما، وتفرد أحد الزوجين بالردة يوجب الفرقة. وكذلك لو أسلمت المجوسية ثم ارتدت بانت منه، وإن لم يرتد الزوج؛ وإن لم تسلم هي حتى مات الزوج فلها المهر كاملاً، دخل بها أو لم يدخل بها.

٤٠٢٩- قال محمد رحمه الله تعالى في «الجامع»: مسلم تزوج صبية مسلمة زوجها أبوها منه، ثم ارتد أبواها عن الإسلام والعياذ بالله تعالى، ولحقا بدار الحرب أو لم يلحقا، فإنها لا تبين من زوجها ما دامت في دار الإسلام؛ لأنها بقيت مسلمة ما دامت بقيت في دار الإسلام.

بيانه: وهو أن الصغيرة قبل ارتداد الأبوين كانت مسلمة تبعاً للأبوين ولدار الإسلام؛ لأن لدار الإسلام أثراً في الاستتباع كما للأبوين، ألا ترى أن من سبى صغيراً أو صغيرة وأدخله دار الإسلام، يحكم بإسلامه كما دخل دار الإسلام تبعاً للدار، حتى لو مات يصلى عليه. وإذا كان لدار الإسلام أثر في الاستتباع كما للأبوين، وكان إسلام الصغيرة حكماً بسبب التبعية مضافاً إليهما، أو أحدهما قائم بعد ردتهما، فبقي إسلامها.

فإن قيل: دار الإسلام إنما يوجب إسلام الصغير حال فقد الأبوين، كما في الصغير إذا سبي وحده، فأما حال وجود الأبوين فلا، ألا ترى أن الولد الحادث بين النصرانيين في دار الإسلام، أو بين اليهوديين يكون نصرانياً أو يهودياً تبعاً [للأبوين](١)، ولا يكون مسلماً تبعاً للدار، وهذا لأن سبب الاستتباع في جانب الأبوين أقوى، لأن سبب الاستتباع في جانبهما الجزئية والبعضية، وفي الدار المجاورة والاتصال، وإنما يحال بالحكم إلى الأقوى، فجعلت هي مسلمة تبعاً للأبوين، وقد ارتدا فزالت التبعية فيحكم بكفرها، وتبين من زوجها

(١) ليس من النسخ التي اعتمدنا عليها.

قلنا: إنما يحال بالحكم على أقوى السببين إذا كان الأقوى من السببين يوجب من الحكم بخلاف ما يوجبه الأضعف؛ لأنه حينئذ تعذّر العمل بهما لما بينهما من التنافي في الحكم، فيجب العمل بالراجح كما في المسألة التي أوردها، إذ الشخص الواحد لا يتصور أن يكون مسلمًا وكافرًا إذا، فأما إذا كان الحكم [واحدًا يضاف الحكم إليهما، ألا ترى أنه لو كان في حادثة نص الكتاب وخبر الواحد والقياس ويوجب الكل حكمًا واحدًا كان ذلك الحكم][1] مضافًا إلى الكل، فيقال: هذا حكم ثبت بالكتاب والسنة والقياس، وهذا الحكم واحد وهو إسلامها، فأضفناه إليهما والتقريب ما ذكرنا، حتى لو لحقا بها بدار الحرب بانت من زوجها؛ لأن تبعية الدار قد زالت كما زالت تبعية الأبوين، فحكمنا بردّتها فبانت وبطل مهرها [ولو ماتت أمها مسلمة في دار الإسلام، أو بعد ما ارتدت ولحق بالصبية أبوها مرتدًا بدار الحرب][2] لم تبن من زوجها، بخلاف ما إذا كانا حيين ولحقا بالصبية بدار الحرب مرتدّا، فإنها تبين من زوجها.

٤٠٣٠ - مسلم تزوّج صبية نصرانية زوّجها أبوها، وأبواها نصرانيان، ثم تمجّس أحد أبويها، وبقي الآخر على النصرانية، فالابنة لا تبين من زوجها؛ لأن الولد يتبع خير الأبوين دينًا، وخيرهما دينًا النصراني، فإن النصراني أقرب إلى الإسلام من المجوسي، حتى تحل ذبيحته ويحل للمسلم نكاح النصرانية، فبقيت نصرانية تبعًا لوالدها النصراني. ولو كان الأبوان تمجّسا والجارية صبية على حالها بانت من زوجها، وإن لم يدخلاها دار الحرب. فرّق بين هذه المسألة وبين المسلمة الصغيرة إذا ارتد أبواها، لا تبين من زوجها ما لم يدخلاها دار الحرب.

والفرق: أن في تلك الصورة، للصغيرة بقيت مسلمة بعد ارتداد الأبوين تبعًا لدار الإسلام، وهذا لا يمكن إبقاؤها نصرانية تبعًا للدار، إذ الدار ليست دارًا للتنصر، فاستشهد في الكتاب بحال بقاء النكاح بحال ابتدائه، فقال: ألا ترى أن بعد تمجّس الأبوين ليس للقاضي ولا لأحد أن يزوّج الصغيرة من مسلم، وبعد ردة الأبوين جاز للقاضي أن يزوّج الصبية من مسلم، فكذا في حالة البقاء. قال: وليس لها من المهر قليل ولا كثير، علّل فقال: لأن الفرقة جاءت من قبلها.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هكذا في [illegible]، وكان في الأصل و ظ: ولو ماتت أمها مسلمة في دار الإسلام، وبعد ما ارتدت، ولحق بالصبية أبواها مرتدين بدار الحرب.

فإن قيل: كيف يستقيم هذا التعليل، فإنه لم يوجد منها صنع أصلاً: إنما الصنع للأبوين في التمجيس؟ قلنا: ما قاله محمد رحمه الله تعالى مستقيم؛ لأنه لم يقل الفرقة جاءت لصنعها حقيقة، وإنما قال: جاءت من قبلها، أي من عندها؛ لأن الفرقة وقعت بردتها تبعًا للأبوين، وتبعيتها بسبب الصغر، وصغرها من قبلها؛ لأنه وصفها.

وكذلك الجواب فيما إذا بلغت معتوهة [حتى جاز النكاح؛ لأنها إذا][1] بلغت معتوهة بقيت تابعة للأبوين والدار في الدين؛ لأنه ليس للمعتوهة إسلام نفسها حقيقة، فكانت بمنزلة الصغيرة من هذا الوجه.

٤٠٣١- امرأة بالغة مسلمة صارت معتوهة، ولها أبوان مسلمان زوّجها أبوها وهي معتوهة، حتى جاز النكاح، ثم ارتدّ الأبوان والعياذ بالله تعالى ولحقا بها بدار الحرب، فإنها لا تبين من زوجها [فرّق بين هذا وبين الصغيرة المسلمة ارتد أبواها، ولحقا بها بدار الحرب، فإنها تبين من زوجها][2].

والفرق: أنها إذا بلغت عاقلة فقد زالت تبعية الأبوين، فإذا وصفت الإسلام صارت مسلمة بإسلامها مقصودًا، وبعد العته إسلامها باقٍ حقيقة؛ لأن العته لا ينافي الإسلام، فأما الصغيرة فهي مسلمة تبعًا للأبوين لا بإسلام نفسها، وبعد ما ارتدّ الأبوان لا يمكن إبقاؤها مسلمة تبعًا للأبوين، وليس لها إسلام نفسها، فلهذا بانت من زوجها. والصغيرة إذا عقلت الإسلام ووصفت، ثم صارت معتوهة كانت بمنزلة هذه؛ لأنها لما عقلت الإسلام ووصفت صارت مسلمة بطريق الأصالة كالبالغة.

٤٠٣٢- مسلم تزوّج نصرانية صغيرة ولها أبوان نصرانيان، وكبرت وهي لا تعقل دينًا من الأديان [ولا تصفه وهي غير معتوهة فإنها تبين من زوجها. معنى قوله: لا تعقل دينًا من الأديان: لا تعرف دينًا من الأديان][3] بقلبها، ومعنى قوله: لا تصفه: لا تعرفه باللسان؛ وهذا لأنه لم يبق لها دين الأبوين لزوال التبعية، ولم يظهر لها جهة الأصالة، فكانت جاهلة ليس لها ملة معيّنة، والملة المعيّنة شرط النكاح [ابتداء وبقاء][4].

(١) أثبت من "ب".

(٢) هكذا في "ف" و"م".

(٣) أثبت من النسخ التي اعتمدنا عليها.

(٤) هكذا في "ف"، وكان في الأصل، والنسخ التي عندنا: ابتداءها.

٤٠٣٣ - وكذلك الصغيرة المسلمة إذا بلغت[1] وهي لا تعقل الإسلام، ولا تصفه، وهي غير معتوهة، بانت من زوجها لما ذكرنا، ومحمد رحمه الله تعالى سمّى هذه في الكتاب مرتدة؛ لأنا حكمنا بإسلامها بطريق التبعية، والآن حكمنا بكفرها، فكانت مرتدة. ولم يذكر في الكتاب إذا بلغت فعرضت الإسلام، بأن قالت: أنا أعقل الإسلام وأعرفه، وأقدر على وصفه، إلا أني لا أصفه، أنها هل تبين من زوجها؟ قيل: يجب أن يكون فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى على قول من شرط الإقرار[2] باللسان لتصير به مسلمة تبين من زوجها؛ لأنها تركت ما هو الركن بلا عذر.

وكذلك لم يذكر ما إذا قالت: أنا أعقل الإسلام وأعرفه، لكني لا أقدر على الوصف، هل تبين من زوجها؟ قيل: يجب أن يكون فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى على نحو ما بيّنا، على قول من يشترط الإقرار باللسان تبين من زوجها؛ لأنها تركت ركناً بغير عذر؛ لأن العجز إنما جاء من ناحية الجهل، لا لعدم الآلة، والجهل في دار الإسلام ليس بعذر. ولو كانت هاتان اللتان بلغتا قد عقلتا الإسلام، أو النصرانية قبل أن تبلغا، ولكن لم تصفا ذلك ولا غيره لم تبن واحدة منهما من زوجها، فهذا دليل على أن من صدّق بقلبه كان مسلماً، وإن لم يقرّ بلسانه، وهكذا روي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في كتاب العالم والمتعلم، وبه أخذ الشيخ الإمام الهدى أبو منصور الماتريدي رحمه الله تعالى، وهو مذهب أبي الحسن الأشعري رحمه الله تعالى.

وعامة مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: إن الإقرار باللسان شرط لتصير به مسلمة. وتأويل هذه المسألة على قول عامة المشايخ رحمهم الله تعالى أنهما إن عقلتا الإسلام قبل البلوغ، ولم تصفا ذلك ولا غيره، فإنهما لا تبينان من زوجهما ما دامتا صغيرتين؛ لأنهما ما دامتا صغيرتين كانت تبعية الأبوين باقية، فكانت المسلمة مسلمة، والنصرانية نصرانية تبعاً، أما بعد البلوغ فلا، فإن وصفت النصرانية والمجوسية [illegible][3]، بانت من زوجها عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى؛ لأنهما بمنزلة الردة، وردة الصبي العاقل صحيحة عندهما.

٤٠٣٤ - وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى: إن بلغت وكانت مسلمة لا تبين من

---

(١) وفي م: الصغيرة المسلمة إذا بلغت عاقلة.

(٢) وفي ب: على نحو ما بينا قول من يشترط ... إلخ.

(٣) أثبت من ب، و [illegible].

زوجها؛ لأن ردة الصبي المسلم عنده غير صحيحة، وإن تمجّست وكانت نصرانية فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، على قوله بعضهم قالوا: تبين من زوجها بخلاف ما إذا كانت مسلمة؛ لأن التمجس هناك إنما يصح لما فيه من ضرورة زوال الإسلام، وإنه لا يتأتى ههنا؛ لأنها انتقلت من كفر إلى كفر، فصح التمجس منها، فتبين من زوجها. وبعضهم قالوا: لا تبين من زوجها؛ لأنه إذا لم يكن في التمجس ضرر زوال الإسلام، ففيه ضرر بعدها عن الإسلام، والصبي محجور عما هو ضرر في حقه، فلم يصح التمجس منه، فلهذا لا تبين من زوجها.

نوع آخر في إسلام أحد الزوجين:

٤٠٣٥ - إذا أسلم أحد الزوجين في دار الإسلام، فإن كان الذي أسلم هي المرأة يعرض الإسلام على الزوج، فإن أسلم ثبت على النكاح، وإلا فرق بينهما، ويحتاج في هذه الفرقة إلى قضاء القاضي، ويكون هذه فرقة بطلاق عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى إذا كان الزوج من أهل الطلاق، وإن لم يكن الزوج من أهل الطلاق بأن كان صبيًا عقل الإسلام حتى أبى إسلامه، فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه. قال بعضهم: هي فرقة بغير طلاق؛ لأن الصبي ليس من أهل الطلاق. وقال بعضهم: هي فرقة بطلاق؛ لأن الطلاق هو المتعين للفرقة شرعًا، فإذا استحقت الفرقة لم يستحق إلا ما وضع له شرعًا، ويكون لها نصف المهر إذا كان أبى الزوج قبل الدخول بها، وجميعه والعدة إن كان بعد الدخول بها.

وإن كان الذي أسلم هو الزوج، فإن كانت المرأة كتابية فهي امرأته على النكاح، وإن كانت مجوسية أو وثنية عرض عليها الإسلام، فإن أسلمت فهي امرأته، وإلا فرق بينهما، ويكون هذه فرقة بغير طلاق بلا خلاف، ولا مهر لها إن كان الإباء قبل الدخول بها، وإن كان بعد الدخول بها فلها نفقة العدة. وإن أسلم أحد الزوجين في دار الحرب، فإن الفرقة تقف على مضي ثلاث حيض، فإذا مضت وقعت الفرقة؛ وهذا لأنه تعذر اعتبار التفريق من جهة القاضي؛ لانقطاع ولايته عن دار الحرب، ولأن لمضي ثلاث حيض أثرًا في وقوع الفرقة بالطلاق، فأقمنا مضي ثلاث حيض مقام التفريق عند تعذر اعتبار التفريق.

٤٠٣٦ - قال محمد رحمه الله تعالى في «الأصل»: وإذا عقد النكاح على صبيين من أهل الذمة، ثم أسلم أحدهما وهو يعقل الإسلام، حتى صح إسلامه عندنا استحسانًا عرض على الآخر الإسلام، فإن أسلم فهما على نكاحهما، وإن أبى أن يسلم، فإن كان الزوج هو

المسلم والمرأة كتابية أقرّا على النكاح، وإن كانت مجوسيّة أو وثنيّة ففي القياس لا يفرّق بينهما، وفي الاستحسان يفرّق بينهما، ولا مهر لها إن لم يكن دخل بها، هذا هو وضع المسألة في الأصل.

٤٠٣٧- وفي "الجامع": وضع المسألة في المجوسي: تزوّج جارية مجوسيّة بنت عشر سنين تعقل الإسلام، زوّجها أبوها فأسلم الزوج، عرض على الجارية الإسلام، فإن أسلمت فهي امرأته، وإن أبت فرّق بينهما، ولا مهر لها إن لم يكن دخل بها، وهذا استحسان. والقياس أن لا يفرّق بينهما. من مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: ليس هذا بقياس واستحسان مبتدأ في هذه المسألة، إنما هو القياس والاستحسان الذي يذكر في الصبي العاقل إذا أسلم، فالقياس أن لا يصح إسلامه، وفي الاستحسان يصح.

ومنهم من قال: هذا قياس واستحسان آخر في هذه المسألة، وجه القياس في ذلك: أنّ في عرض الإسلام عليها وهي صغيرة خطاب لها بالإسلام، والإجماع أنّ خطاب الفعل ساقط عن الصغيرة ما لم تبلغ. وإن اختلفوا أنه إذا أسلم [هل يصح إسلامه أم لا؟][1].

وجه الاستحسان: أنّ الصبي العاقل والصبية العاقلة إنما لا يخاطبان بالفعل قبل البلوغ لحقّ الله تعالى، وههنا لا تخاطب الصغيرة لحقّ الله تعالى، فإنما تخاطب [به لحق الزوج حتى][2] على النكاح، والصغيرة يجوز أن تخاطب][3] بأداء حقوق العباد، فإن أسلمت بقيا على النكاح، وإن أبت فرّق بينهما، وهذا لا يشكل على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، لأنّ على قولهما ردّتها عن الإسلام صحيحة، وإنها إنكار بعد الإقرار، فالأولى أن يصحّ إباءها، وإنه امتناع عن قبول الإسلام.

وأما على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، منهم من لم يصحّح إباءها على قوله، وسوى بين الردّة وبين الإباء، ومنهم من صحّح إباءها، وفرّق بين الإباء والردّة.

واختلف عباراتهم في ذلك، بعضهم قالوا: إنّ أبا يوسف رحمه الله تعالى إنما أبطل الردّة شرعاً رحمة على الصبي، وههنا وجد الإباء بناء على العرض[4] حقاً للعبد، وإنه

(١) هكذا في "م"، وكان في الأصل و "ظ": يصح إسلامه.

(٢) ههنا لفظ غير واضح، لعله: للبقاء.

(٣) هكذا في "م".

(٤) وفي "م": العوض.

يقتضي صحته . وبعضهم قالوا : الردّة تبديل الاعتقاد ، ولا اعتقاد للصغير ، فلا ردّة له . فأما الإباء فمتاوية على ما كان قبل ذلك ، فلا حاجة فيه إلى الاعتقاد ، فقد تيقّنا بإبائه فحكمنا به ، فلم يقع منه في الردّة فلم يحكم به .

٤٠٣٨ - قال محمد رحمه الله تعالى في « الجامع » : نصراني زوّج ابنه النصراني - وهو صغير لا يعقل - امرأة كبيرة نصرانية ، فأسلمت المرأة ، وطلبت من القاضي التفريق ، فالقاضي لا يفرّق بينهما حتى يبلغ الصغير ، أو يعقل الإسلام ، فإذا عقله عرض عليه الإسلام ، فإن أبى فرّق بينهما ، ولا يجعل إباء الأب قبل بلوغه بمنزلة إبائه بعد البلوغ .

٤٠٣٩ - وفرق بين هذا وبينما إذا كان الزوج نصرانيًا معتوهًا مطبقًا لا يرجى صحّته ، وأبواه نصرانيّان ، زوّجه أبوه امرأة نصرانية ، فأسلمت وأرادت التفريق ، فإنّ القاضي يجبر والده إن كان حيًّا ، ووالدته إن كان ميّتًا ، ويقول له : إما أن تسلم فيصير ابنك مسلمًا بإسلامك ، وإلا فرّق بينهما .

والقاضي عاجز عن عرض الإسلام على الزوج في الموضعين ، وكل واحد منهما يصير مسلمًا بإسلام الأب . والفرق بينهما أنّ التفريق بعد إسلام المرأة معلّق بإباء الزوج الإسلام من كل وجه ، وذلك إن وُجد الإباء من الزوج حقيقة وحكمًا . وبقاءهما على النكاح معلّق بإسلام الزوج من كل وجه ، وذلك بأن يوجد الإسلام من الزوج حقيقة وحكمًا ، وهذا أمر جاء متى عقل الصبي أو بلغ ، ولبلوغه غاية معلومة ، فيؤخر الأمر إلى أن يوجد من الزوج الإسلام من كل وجه [أو الإباء من كل وجه][1] ، ولا يكون هذا إبطالا لحق المرأة في التفريق فيوجب التفريق[2] ، ولم يجز إقامة إسلام ناقص [وإباء ناقص][3] مقام [الكامل][4] من غير ضرورة .

فأما في مسألة المعتوه متى أخّرنا الأمر إلى أن يزول العته وليس لزواله غاية معلومة ، أدّى إلى إبطال حقهما في التفريق وإنه لا يجوز . فلهذه الضرورة أقمنا إباء ناقصًا مقام [الكامل][5] . فإن قيل : هذا العذر يشكل بما لو كان الزوج غائبًا وهو صبي ، فإنه لا يعرض الإسلام على أبيه ، وليس لإبائه وإسلامه من حيث الحقيقة والحكم وقت معلوم . قلنا : الغائب

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٢) وفي م : فوجب التأخير ، وفي ف و ب : فوجب التأخير .

(٣) أثبته من ظ و م .

(٤) هكذا في ب و ف ، وكان في الأصل : الكل .

(٥) هكذا في ف ، وكذا في الأصل و ظ : مقام الكل .

الحيض شرطاً للفرقة] (١)، وههنا أمكن تحقق العلة حقيقة، وهو تفريق القاضي بأن ينصب عنه وكيلاً، فلا ضرورة إلى إقامة الشرط مقام العلة - والله سبحانه وتعالى أعلم -.

(١) أثبت من النسخ التي اعتمدنا عليها.

الفصل الحادي والعشرون في الخصومات الواقعة بين الزوجين [وإقامة البيّنة عليه][1] وما يتصل بها

هذا الفصل مشتمل على أنواع أيضًا:

نوع منه في دعوى النكاح وإقامة البيّنة عليه:

٤٠٤٩ - قال محمد رحمه الله تعالى في "الأصل": رجل ادّعى على امرأة نكاحًا وأقام على ذلك بيّنة، وأقامت أخت المرأة على [هذا الرجل][2] بيّنة على أنه امرأته، فإن تزوّج إياها، فالبيّنة بيّنة الزوج؛ لأن الزوج ببيّنته أثبت لنفسه ملك المتعة الذي هو أصل في باب النكاح، والأخت ببيّنتها أثبتت لنفسها ملك المهر الذي هو تبع في باب النكاح، أما ملك المتعة يثبت عليها لغيره، ولا شك أن الأصل أقوى من التبع، فكانت بيّنة الزوج أكثر إثباتًا، فكانت أولى بالقبول. وإذا قضى ببيّنة الزوج بطل نكاح الأخرى، ولا يقضي للأخرى بالمهر إن لم يكن الزوج دخل بها، وهذا كله إذا لم يؤرّخ البيّنتان أو أرّختا، وتاريخهما على السواء.

أما إذا كان تاريخ إحداهما أسبق، فيجب القضاء ببيّنة من كان أسبق تاريخًا، ويفسد نكاح الأخرى اعتبارًا للثابت بالبيّنة بالثابت معاينة. وفي "المنتقى": عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: لو وقّتت بيّنة المرأة، ولم توقت بيّنة الرجل، فدعوى الرجل جائزة، ويثبت نكاح المرأة التي ادّعاه، ويبطل نكاح المدعية.

٤٠٥٠ - قال في "الأصل": وإذا شهد شهود الزوج على أنه تزوّج إحداهما، ولا نعرف بعينها، غير أن الزوج يقول: هي هذه، فإن صدّقته المرأة، فهي امرأته بحكم تصادقهما، وإن جحدت، فلا نكاح بينه وبين واحدة منهما؛ لأن الشهود لم يشهدوا على نكاح امرأة بعينها إنما شهدوا على نكاح إحداهما، ونكاح إحداهما مجهول والشهادة بالمجهول لا تكون حجة، فتبقى دعوى الزوج، وبمجرد دعوى الزوج لا يثبت النكاح، ولا يمين للزوج على التي يدّعي عليها النكاح عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، والمسألة معروفة، ولا مهر عليه إن لم يكن دخل.

---

(١) هكذا في "ظ".

(٢) هكذا في جميع النسخ التي اعتمدنا عليها، وكان في الأصل: "ذلك".

٤٠٤٣ - وكذلك لو [شهد شهود] [١] امرأة أنه تزوّجها أحد هذين الرجلين، ولا يعرف بعينه غير أنّ المرأة تقول: هو هذا، فإن صدّقها ذلك الرجل، فهي امرأته، وإن كذّبها فلا نكاح بينها وبين واحد منهما، ولا مهر على واحد منهما، ولا يمين لها عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وإن كانت ادّعت أنه طلّقها قبل الدخول بها، وأن لها عليه نصف المهر، يستحلف على نصف المهر، وكذلك لو ادّعت أنه طلّقها بعد الدخول بها وأن لها عليه جميع المهر، يستحلف على جميع المهر؛ لأنّ الدعوى الآن وقعت في المال، وإذا نكل حتى قضي بالمهر لا يقضي بالنكاح؛ لأنّ عند النكول إنما يقضي بما وقع فيه الاستحلاف، والاستحلاف وقع في المال، ألا ترى أن في دعوى السرقة إذا استحلف فنكل يقضي القاضي بالمال دون القطع، فكذا ههنا.

٤٠٤٤ - وإذا ادّعت أختان [على رجل معيّنة] [٢]، كل واحدة منهما تدّعي أنه تزوّجها أولاً، وأقامت كل واحدة بيّنة على حسب ما ادّعت، كان ذلك [إلى الزوج] [٣]، وأيّهما قال: هي الأولى، فهي الأولى وهي امرأته، ويفرّق بينه وبين الأخرى، ولا مهر للأخرى عليه إن لم يكن دخل بها.

قال الشيخ الإمام الأجل شيخ الإسلام المعروف بـ خواهر زاده رحمه الله تعالى: وبهذه المسألة تبيّن أنه إذا وجد التصادق بعد إقامة البيّنة فالنكاح يعتبر ثابتًا بالبيّنة، إذ لو اعتبر ثابتًا بالتصادق [بعد إقامة البيّنة] [٤] يجب أن تقبل بيّنة الأخت في هذه المسألة، وقد أقامت البيّنة أنه تزوّجها أولاً. وإن جحد الزوج ذلك كله وقال: لم أتزوّج واحدة منهما، أو قال: تزوّجتهما ولا أدري أيتهما أولاً، فهما سواء ويفرّق بينه وبينهما، وعليه نصف المهر بينهما إن لم يكن دخل بهما.

من مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: هذا الجواب لا يستقيم فيما إذا أنكر الزوج نكاحهما أصلاً؛ لأنه لما أنكر نكاحهما فقد أنكر وجوب المهر على نفسه، وتعذّر القضاء بالبيّنتين لمكان التعارض، فكيف يجب نصف المهر لهما عليه؟ قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى: لا، بل هذا الجواب مستقيم في الفصلين؛ لأنّ التعارض بين البيّنتين في حكم

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من "ف" و "م" و "ب".

(٢) أثبت من "ب" و "ف".

(٣) هكذا في "ب" و "ف"، وكذا في الأصل: للزوج، وفي "م": إلى الزوج.

(٤) هكذا في "ف".

للحل دون المهر ، ألا ترى أنّ البيّنتين لو قامتا بعد موت الزوج ، عُمل بهما في حق المهر والميراث ، وإن لم يكن بينهما تعارض في حكم المهر وجب نصف المهر على الزوج ، وليست إحداهما بأولى من الأخرى ، فيكون بينهما.

وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى في "الأمالي" : أنه لا شيء عليه ؛ لأنّ المقضي له مجهول ، وعن محمد رحمه الله تعالى أنه يقضي عليه بجميع المهر ؛ لأنّ النكاح لم يرتفع بجحوده ، فوجب القضاء بجميع المهر للتي صحّ نكاحها . وإن كان دخل بإحداهما كان لها المهر المسمّى وهي امرأته ؛ لأنه صار مقرًا بأولية نكاح الموطوءة حكمًا للإقدام على الوطء .

وإن قال : هي الأخيرة[1] وتلك الأولى ، فرّق بينهما وبينه ، ولزمه المهر المسمّى للتي دخل بها ولا ينقص عنه ، وإن كان المسمّى أكثر من مهر المثل .

٤٠٤٥ - قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع" : رجل ادّعى نكاح امرأة ، والمرأة أنكرت ذلك ، فأقام المدّعي بيّنة أنها امرأته ، وأقامت المرأة بيّنة أنه كان تزوّج أختها قبل الوقت التي ادّعى فيه نكاحها ، وإنها اليوم امرأته على حاله ، والزوج ينكر ذلك ، أجمعوا على أنّ القاضي لا يقضي بنكاح الغائبة ، وهل يقضي بنكاح الحاضرة؟ القياس أن يقضي ، وبه أخذ أبو حنيفة رحمه الله تعالى . وفي الاستحسان : لا يقضي ، بل يوقف الأمر إلى أن تحضر الغائبة ، فإن حضرت وأقامت البيّنة على ما ادّعت لها الحاضرة يقضي بأنها امرأته . ويفرّق بين الزوج وبين الحاضرة ، وإن أنكرت ذلك يقضي بنكاح الحاضرة ببيّنة الزوج ، ولا يلتفت إلى بيّنة الحاضرة ، وبه أخذ أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى .

٤٠٤٦ - الأصل في هذه المسألة وأجناسها : أنّ القضاء بالبيّنة على الغائب ، وللغائب لا يجوز ، إلا إذا كان عنه خصم حاضر : إما قصدي ، وذلك بتوكيل الغائب إيّاه ، وإما حكمي وذلك بأن يكون المدّعى على الغائب سببًا لثبوت المدّعى على الحاضر لا محالة ، أو شرطًا له على ما ذكر فخر الإسلام علي البزدوي . وعند عامّة المشايخ رحمهم الله تعالى : أن يكون المدّعى على الغائب سببًا لثبوت المدّعى على الحاضر لا محالة ، وإليه أشار محمد رحمه الله تعالى في الكتاب في مواضع . ثم سوّى شيخ الإسلام المعروف بـ "خواهر زاده" بينهما إذا كان المدّعى على الغائب والحاضر شيئين ، وبينما إذا كان [المدّعى][2] شيئًا واحدًا لا محالة ، فشرط البيّنة لانتصاب الحاضر خصمًا عن الغائب في الفصلين جميعًا .

---

(١) أي التي دخل بها .

(٢) أثبت من ...

وذكر القاضي الإمام الكبير أبو زيد[١] في كتب المسائل، وعامة المشايخ رحمهم الله تعالى في شروحهم أن السبب يفترق فيما إذا كان المدعى شيئين، وهو الأشبه والأقرب للفقه.

٤٠٤٧ - بيان هذا الأصل فيما إذا كان المدعى عليهما واحداً، فإذا ادعى رجل داراً في يد رجل، أنها داره اشتراها من فلان وهو يملكها، وقد غصبها ذو اليد منه، وقال ذو اليد: الدار داري، وأقام المدعي بينة على دعواه قبلت بينته، ويكون ذلك قضاء على الحاضر والغائب، وينتصب الحاضر خصماً عن الغائب.

أما على ما ذكره شيخ الإسلام فلأن المدعى على الحاضر والغائب شيء واحد، والمدعى على الغائب سبب لثبوت المدعى على الحاضر [لا محالة، وأما على ما ذكره عامة المشايخ فلأن المدعى على الحاضر][٢] والغائب شيء واحد.

٤٠٤٨ - بيان هذا الأصل فيما إذا كان المدعى عليهما شيئان، ثم إذا شهد شاهدان لرجل على رجل بحق من الحقوق، فقال المشهود عليه: هما عبدان لفلان الغائب، فأقام المشهود له أن فلاناً الغائب أعتقهما وهو يملكهما، فإنه تقبل هذه الشهادة، ويثبت العتق في حق الحاضر والغائب جميعاً، والمدعى شيئان: المال على الحاضر، والعتق على الغائب، إلا أن المدعى على الغائب سبب لثبوت المدعى على الحاضر لا محالة؛ لأن العتق لا ينفك عن ثبوت ولاية الشهادة بحال، فصار كشيء واحد من حيث المعنى، فينتصب خصماً عن الغائب، ويقضى بالعتق في حق الحاضر والغائب جميعاً. وإذا كان المدعى عليهما شيئين إلا أن المدعى على الغائب ليس سبباً لثبوت المدعى على الحاضر لا محالة بل قد يكون سبباً لا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب، وهذا لأن الغائب ما جعل الحاضر خصماً عن نفسه، لكن جعلناه خصماً عنه في موضع لا ينفك المدعى على الغائب عن المدعى على الحاضر ضرورة، ولا ضرورة فيما إذا كان ينفك عنه، فيعمل فيه بالحقيقة.

٤٠٤٩ - بيان هذا الأصل في رجل قال لامرأة رجل غائب: إن زوجك فلاناً الغائب وكلني أن أحملك إليه، فقالت المرأة: إنه قد كان طلقني ثلاثاً، وأقامت على ذلك بينة، قبلت بينتها في حق قصر يد الوكيل عنها، لا في حق إثبات الطلاق على الغائب، حتى لو حضر

(١) وفي ب، ف: أبو زيد.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من ب.

الغائب وأنكر الطلاق، فالمرأة تحتاج إلى [إعادة][1] البيّنة؛ لأنّ المدّعى على الغائب وهو الطلاق ليس بسبب لثبوت المدّعى على الحاضر، وهو قصر يده لا محالة، فإنّ الطلاق متى تحقّق قد لا يوجب قصر يد الوكيل إن لم يكن وكيلاً بالحمل قبل الطلاق، وقد يوجب بأن كان وكيلاً بالحمل قبل الطلاق. فكان المدّعى على الغائب سبباً لثبوت المدّعى على الحاضر من وجه دون وجه، فمن حيث إنه سبب يقضى به في حق قصر يد الوكيل، ومن حيث إنه ليس بسبب لا يقضى به في حق إزالة ملك الغائب عملاً بهما. وإذا كان المدّعى عليهما شيئين، والمدّعى على الغائب سبب للمدّعى على الحاضر باعتبار البقاء لا بنفسه، فالقاضي لا يلتفت إلى دعوى المدّعي، ولا يقضي ببيّنة لا على الحاضر ولا على الغائب.

٤٠٥٠ - بيان هذا: رجل اشترى من آخر جارية، ثم إن المشتري ادّعى أنّ البائع قد كان زوّجها من فلان الغائب قبل أن أشتريها، وقد اشتريتها ولم أعلم بذلك، وأنكر البائع دعواه، فأقام على ذلك بيّنة يريد ردّ الجارية، فالقاضي لا يقبل البيّنة لا على الحاضر ولا على الغائب؛ لأنّ المدّعى شيئان: النكاح على الغائب، والردّ على الحاضر، والمدّعى على الغائب من النكاح نفسه ليس بسبب لما يدّعيه على الحاضر من غير اعتبار البقاء [فإنّ البائع][2] إن كان زوّجها ثم إن الزوج طلّقها، لا يكون للمشتري الردّ، وإنما السبب في بقاء النكاح إلى حالة الردّ، ولم تقم البيّنة على البقاء. ولو أقام البيّنة على البقاء لا تقبل أيضاً، ولا يقضى بالردّ؛ لأنّ البقاء تبع للابتداء، فإذا لم يمكن أن يجعل خصماً في نفس النكاح لم يمكن أن يجعل خصماً في إثبات البقاء.

وبعد الوقوف على هذه الجملة جئنا إلى تخريج المسألة، فوجه قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: إنّ المدّعى على الحاضر والغائب شيئان، ونفس ما تدّعي الحاضرة على أختها الغائبة من النكاح من غير اعتبار البقاء، لا يكون سبباً لما تدّعي على الزوج من فساد نكاح نفسها؛ لأنه إذا كان طلّق الغائبة قبل نكاح الحاضرة يصحّ نكاح الحاضرة، فلا يقبل بيّنة الحاضرة أصلاً، وإذا لم يقبل بيّنة الحاضرة لم يثبت نكاح الغائبة [وحجّة القضاء للزوج على الحاضرة موجودة، فإنما يعمل[3] عملها المانع مخصوص وهو نكاح الغائبة، فإذا لم يثبت

(١) هكذا في ب و ف و م، وكان في الأصل و ظ: إقامة.

(٢) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: فالبائع.

(٣) وفي حاشية ظ: لم يعمل.

نكاح الغائبة](١) لم يمتنع عنها

فإن قيل: أليس إنّ محمدًا رحمه الله تعالى وضع المسألة فيما إذا شهدوا أنه زوّجها قبل ذلك، وإنها اليوم امرأته، وشهادتهم أنها اليوم امرأته بت في نكاح الأخرى؟ قلنا: هذه الزيادة بناء على علمهم بابتداء النكاح، فصار وجود ذلك والعدم بمنزلة؛ ولأنها إذا لم تصلح خصمًا في إثبات النكاح للغائبة لا تصلح خصمًا في إثبات قضائه.

وجه قولهما: أنّ القياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله تعالى، إلا أنّا تركنا القياس ههنا لنوع ضرورة؛ لأنّ الباب باب الفرج، فإنّ الحاضرة ادّعت حرمة فرجها على الزوج بسبب فساد نكاحها، وقد يترك القياس في باب الفروج احتياطًا لها ما لا يترك لغيرها. ثم في الكتاب يقول: إذا حضرت الغائبة فأقامت البيّنة على ما ادّعت لها الحاضرة قضي بنكاحها، فشرط إعادة البيّنة من الغائبة للقضاء بنكاحها، بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى [قالوا: إذا حضرت الغائبة وصدّقت شهود الحاضرة فيما شهدوا من نكاحها، يثبت نكاحها، ولا يحتاج إلى إعادة البيّنة، وقد حكي عن بعض مشايخنا](٢) أنه كان يقول: لا خلاف في هذه المسألة من حيث الحقيقة؛ لأنّ أبا يوسف ومحمدًا رحمهما الله تعالى إنما قالا: لا يقضى بنكاح الحاضرة بطريق الاحتياط؛ لأنّ الغائبة إذا حضرت ربما تصدّق شهود الغائبة، أو تعيد(٣) البيّنة على نكاحها، فيفسد نكاح الحاضرة، ويجب التفريق بين الحاضرة والزوج، وما يكون بطريق الاحتياط لا يكون فرضًا. وكذلك لو أقامت الحاضرة بيّنة على إقرار الزوج بنكاح الغائبة، فهذا والأول سواء، حتى لا يقبل البيّنة [(٤)] الحاضرة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وإنما لا يقبل لأنها قامت على غير خصم، بل قامت على خصم؛ لأنها قامت على إقرار الزوج، والزوج خصم حاضر إلا من شرط قبول البيّنة أن يكون المشهود به حقًا يلزم المشهود عليه، والمشهود به ههنا إقرار الزوج بنكاح الغائبة قبل نكاح الحاضرة [حتى يثبت فساد نكاح الحاضرة](٥)، وبهذا القدر من الإقرار لا يلزم الزوج فساد نكاح الحاضرة؛ لأنّ للزوج أن يقول: كنت تزوّجت الغائبة قبل نكاح الحاضرة.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبت من ظ وم ور ب.

(٢) أثبت من النسخ الموجودة عندنا جميعًا.

(٣) في ب، ر، ف، و، م: تعيد مقام تقبل.

(٤) هكذا في النسخ التي اعتمدنا عليها، وكتب في الأصل: غير الحاضرة.

(٥) أثبت من جميع النسخ الموجودة عندنا.

ابنتها وجامعها، إن أقامت بيّنة على إقرار الزوج بذلك فرّق بينه وبين الحاضرة، ولم يثبت نكاح الغائبة، وتثبت هذه البيّنة على جماع الغائبة، لا على نكاح الغائبة. وهذا لأنّ دعوى نكاح الغائبة غير محتاج إليه عند دعوى الجماع فيما هو المقصود، وهو إثبات فساد نكاح الحاضرة؛ لأنّ جماع الأم يوجب حرمة الابنة، سواء كان بصفة الحل أو بخلافه، فصار دعوى النكاح عند دعوى الجماع [والعدم][1] بمنزلة، فصار كأنها أقامت [البيّنة على][2] الجماع لا غير. وهناك تقبل بيّنتها، لأنّ البيّنة على الجماع قامت على خصم وهو الزوج؛ لأنّ الجماع يتم بالزوج وحده من غير أن يوجد من المرأة فعل بأن الزوج يجامعها وهي نائمة، فكان الزوج خصمًا في دعوى جماع الغائبة عليه، وجماع الغائبة سبب لما تدعي الحاضرة من فساد نكاحها، بخلاف ما إذا أقامت الحاضرة البيّنة على مجرد النكاح؛ لأنّ النكاح لا يتم بالزوج وحده، وإنما يتم به وبقبولها، وقدر ما يوجد من الزوج إن كان الزوج فيه خصمًا، إلا أنه لا يكفي لما ادّعى الحاضرة من فساد نكاحها، وما يوجد من قبول الغائبة فالزوج فيه ليس بخصم، فتلك البيّنة قامت على غير الخصم، أما هنا بخلافه.

ثم إذا قضى القاضي بجماع الغائبة هل يقضي لها بالمهر؟ حتى إذا حضرت أخذت الزوج بذلك من غير إعادة البيّنة؟ لم يذكر محمد رحمه الله تعالى هذا الفصل في الكتاب، وإنما أشار إلى أنه يقضي، وعليه عامة المشايخ رحمهم الله تعالى.

٤٠٥٨ – وكذلك إذا أقامت الحاضرة البيّنة على أنّ الزوج تزوّج أمها أو ابنتها، وقبّلها بشهوة [أو لمسها بشهوة][3]، أو نظر إلى فرجها بشهوة، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا أقامت البيّنة أنه تزوّجها وجامعها، وكذلك لو أقامت البيّنة على إقرار الزوج أنه قبّلها أو لمسها بشهوة.

ثمّ هذه المسألة دليل على أنّ الشهادة على التقبيل واللمس بشهوة مقبولة، وهذا فصل اختلف فيه المشايخ رحمهم الله تعالى: بعضهم قالوا: لا تقبل، وإليه مال الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله تعالى. ومعنى قول محمد رحمه الله تعالى في الكتاب شهدوا أنه قبّلها أو لمسها بشهوة، على قول هؤلاء: شهدوا على إقرار الزوج بذلك.

وبعضهم قالوا: تقبل، وإليه مال الشيخ الإمام فخر الإسلام علي البزدوي رحمه الله تعالى، وهذه المسألة دليل على قول هؤلاء، ولا يمكن حمل المسألة على الشهادة على إقرار

---

(١) أثبت من النسخ التي اعتمدنا عليها.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

الزوج؛ لأنّ محمداً رحمه الله تعالى ذكر فصل الشهادة على اللمس والتقبيل بشهوة أولاً، وعطف عليه فصل الشهادة على إقرار الزوج بذلك.

٤٠٥٩ - وفي «المنتقى»: إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: رجل أقام بيّنة على امرأة أنها امرأته، وأقامت المرأة بيّنة على رجل آخر أنها امرأته وهو يجحد، فالبيّنة بيّنة الزوج، علّل، فقال: لأنّ شهود الزوج شهدوا عليها بالنكاح، وبه يثبت إقرارها بنكاح هذا الرجل، وإقرارها على نفسها أصدق من بيّنتها. قال: ألا ترى أنه لو أقام رجل على رجل بيّنة أنّي اشتريت منك ثوبك هذا، وأقام صاحب الثوب بيّنة على آخر أنّي بعتك هذا الثوب وهو يجحد، فالبيّنة بيّنة المدّعي على صاحب الثوب، وطريقه ما قلنا.

٤٠٦٠ - قال: ولو كانت المرأة حين أقامت البيّنة على ذلك الرجل ادّعى الرجل نكاحها، كانت البيّنة بيّنة المرأة، وهي كامرأة أقام رجلان عليها البيّنة على النكاح ولم يوقّتا، فأيهما صدّقته المرأة فهو زوجها، هذا هو لفظ «المنتقى».

٤٠٦١ - وقال في «الأصل»: إذا تنازع رجلان في امرأة، كل واحد يدّعي أنها امرأته وأقام البيّنة، فإن كانت في بيت أحدهما، وكان دخل بها، فهي امرأته؛ لأنّ تمكّنه من الدخول بها، أو من نقلها إلى بيته دليل سبق عقده، فيقضى له في المرأة، إلا إذا أقام الآخر البيّنة أنه تزوّجها قبله، حينئذٍ يسقط اعتبار دليل السبق عند التصريح بالسبق، وإن لم تكن في بيت واحد منهما، ولا دخل بها أحدهما، فإن وقّتا فالوقت الأول أولى، وإن لم يوقّتا، أو وقّتا وقتاً واحداً، فالذي ذكرت بيّنته فهو أولى. وإن ذكرت البيّنتان تسأل المرأة عن ذلك، فإن لم تقرّ المرأة بنكاح أحدهما فرّق بينهما وبينها، وإن أقرّت لأحدهما أنه تزوّجها قبل الآخر، أو أنه تزوّجها دون الآخر، فهي امرأته، إلا إذا أقام الآخر بيّنة أنه تزوّجها قبل هذا؛ وهذا لأنّ العمل بالبيّنتين متعذّر، فسقط اعتبارهما، وبقي تصادق أحد الزوجين مع المرأة، فيثبت النكاح بتصادقهما.

ثم إذا لم تقرّ المرأة لأحدهما، حتى فرّق بينهما وبينها، إن لم يكن دخل بها فلا مهر لها، وإن كان قد دخل بها ولا يدرى أيهما أول، فعلى كل واحد منهما الأقلّ مما سمّى لها، ومن مهر المثل. وإن جاءت بولد فهو ابنهما يرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل، ويرثانه ميراث أب واحد. وإن ماتت في هذه الصورة وهي ما إذا لم تقرّ بنكاح أحدهما، كان على كل واحد منهما نصف ما سمّى لها من المهر، وكان ميراث الزوج من تركتها بينهما نصفان. وإن لم تمت

بإقرارها، أو بكونها [في بيت أحدهما، أو بكونها][1] مدخولة أحدهما، ولم يفصل بينما إذا أقرّت لأحدهما، قبل إقامة البيّنة أو بعدها.

٤٠٦٦- ادّعيا نكاح امرأة وهي تجحد، وليست في يد أحدهما، فأقام أحدهما البيّنة على النكاح، وأقام الآخر البيّنة على النكاح وعلى إقرار المرأة له بالنكاح، لا يترجّح بيّنة من يدّعي إقرارها بالنكاح؛ لأنّ الآخر بيّنته أثبت نكاحها، وبه ثبت [إقرارها بالنكاح][2] للآخر، فاستوت البيّنتان في إثبات الإقرار معنى، وقيل: يترجّح بيّنة من يدّعي إقرارها؛ لأنّ الثابت بالبيّنة العادلة كالثابت عيانًا، ولو عاينا إقرارها لأحدهما بعد ما أقاما البيّنة، كان المقرّ له أولى، وما يقول بأنّ الآخر أثبت إقرار المرأة، قلنا: نعم، ولكن في ضمن إثبات النكاح، وهذا[3] أثبت إقرارها قصدًا، ولا شكّ أنّ الاعتبار القصدي أولى من الاعتبار الضمني.

٤٠٦٧- رجلان ادّعيا نكاح امرأة وهي ليست في يد أحدهما، وأقاما البيّنة من غير تاريخ، وسكتت المرأة عن ذلك، فلم تقرّ لأحدهما حتى تهاترت[4] البيّنتان، ثم أقام أحدهما البيّنة على إقرارها له بالنكاح، قضي له بالنكاح، كما لو أقرّت لأحدهما بالنكاح بعد ما أقاما البيّنة عيانًا.

٤٠٦٨- ادّعى رجل نكاح امرأة، وهي ليست في يد أحد، وأقام بيّنة على دعواه، قضي له بالنكاح[5] بالمرأة، وإن جاء رجل آخر، وأقام بيّنة على مثل ذلك، لم يحكم[6] بها له، إلا إذا شهد شهود الثاني أنه تزوّجها قبل الأول؛ لأنّ دعوى النكاح بمنزلة دعوى الشراء، ومن ادّعى الشراء في عين من رجل وقضي له به، ثم ادّعى آخر الشراء في تلك العين من ذلك الرجل، لا يقضى للثاني، كذا هنا.

٤٠٦٩- ادّعى نكاح امرأة وهي في يد رجل، فأقام المدّعي البيّنة على ذلك، وقضى القاضي له بالنكاح، ثم أقام صاحب اليد بعد ذلك بيّنة على النكاح من غير ذكر تاريخ، يقضى لصاحب اليد عند بعض المشايخ رحمهم الله تعالى؛ لأنّ يده دليل على سبق نكاحه، فصار

(١) [illegible]
(٢) هكذا في النسخ التي اعتمدنا، وكان في الأصل: وبه ثبت نكاحها للآخر.
(٣) [illegible]
(٤) [illegible]
(٥) هكذا في [illegible]
(٦) [illegible]

أولى[1].

٤٠٧٣ - رجل ادّعى على امرأة في يد رجل أنها امرأته، وأقام على ذلك بيّنة، وأقام الذي في يديه بيّنة أنها امرأته، قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى: إن ادّعى كل واحد أنها امرأته مطلقًا، ولم يذكر أنه تزوّجها، لا يقضي لذي اليد بل يقضي للخارج، وإن ذكر كل واحد أنه تزوّجها، والشهود شهدوا كذلك يقضي لصاحب اليد. وهذا القائل قاس هذا على دعوى الملك، فإنّ الخارج مع ذي اليد إذا ادّعيا ملك عين ملكًا مطلقًا، وأقاما البيّنة على ذلك يقضي للخارج. ولو ادّعيا الشراء من رجل واحد، وأقاما على ذلك البيّنة يقضي لصاحب اليد. ومنهم من قال: يقضى لصاحب اليد على كل حال؛ لأنّ السبب متعيّن في دعوى المرأة وهو التزوّج، فصار ذلك مذكورًا في الدعوى، ولا كذلك ملك العين.

٤٠٧٤ - وفي فتاوى أبي الليث: سئل ابن سماعة[2] عن امرأة ادّعت على رجل أنه قد تزوّجها، فأنكر. قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يحلف بالله ما هي بزوجة له، وإن هي زوجة له فهي طالق بائن، أما الاستحلاف على النكاح فهو مذهبنا، وهو المختار، واختاره الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى رفقًا بالناس. وأما ضمّ الحلف بالطلاق إلى الحلف على النكاح، فلأنه يجوز أن يكون كاذبًا في الحلف على النكاح، وبجحوده لا يقع الطلاق، فتبقى معلّقة [فيضم إليه الحلف بالطلاق حتى لا تبقى معلّقة][3] لو كان كاذبًا في الحلف على النكاح.

وفي "الجامع الأصغر": قال: حلف متى حلف ولا بيّنة لها، فالقاضي يقول: فرّقت بينهما؛ وما لم يقل ذلك لا تقع الفرقة[4].

٤٠٧٥ - ولو ادّعى رجل على امرأة نكاحًا، والمرأة في نكاح الغير، ولا بيّنة للمدّعي يستحلف الزوج والمرأة، ويبدأ بيمين الزوج، فيحلف بالله ما يعلم أنها امرأة هذا المدّعي، فإن حلف انقطع دعوى المدّعي، وإن نكل تحلف المرأة على البتات بالله ليست امرأة لهذا المدّعي، وإن نكلت قضي عليها بالنكاح.

٤٠٧٦ - وفي دعوى الفتاوى عن محمد رحمه الله تعالى: فيمن تزوّج امرأة وابنتها في عقدتين، ثم قال: لا أدري السابق منهما، إن ادّعتا السبق يحلف لكل واحدة منهما أنه ما

(١) وفي ف، و س: وكانت بيّنة ذي اليد أولى.

(٢) وفي ف، و م: ابن سلمة.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، والمثبت من ظ، و م، و ف.

(٤) وفي م: وما لم يقل ذلك لا تثبت الفرقة يعني إذا لم يضم الحلف بالطلاق إلى الحلف على النكاح.

تزوّجها قبل صاحبتها، فبينهما سواء به، وإن شاء أقرع[1]. فإن حلف لأحدهما ثبت نكاح الأخرى [وإن نكل لزمه وبطل نكاح الأخرى.][2]

٤٠٧٧ – وسئل نصير عن رجلين ادّعيا نكاح امرأة، فأقرّت هي لأحدهما، قال: ليس للآخر أن يحلّفها ما لم يحلف الذي أقرّت هي له به، فإن حلف برئ، وإن نكل عن اليمين يفرّق بينهما، ثم تحلف المرأة، فإن حلفت برئت، وإن نكلت عن اليمين صارت زوجة له.

٤٠٧٨ – في "المنتقى": بشر بن الوليد عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا تزوّج العبد حرّة، ثم ادّعى أنّ المولى لم يأذن له بالنكاح، وقالت المرأة: قد أذن له، فإني أفرّق بينهما لإقراره بفساد النكاح. قال: ولا أصدّقه في إبطال المهر، وألزمه المهر الساعة إن كان[3] دخل بها، ولها النفقة ما دامت في العدّة، وإن لم يدخل بها جعلت لها عليه نصف المهر، وكذلك إذا قال: لا أدري أذن لي أو لم يأذن.

٤٠٧٩ – قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع": رجل تزوّج امرأة، ثم أقرّ بعد ما تزوّجها أنّ فلانًا كان تزوّجها قبلي، إلا أنه طلّقها وانقضت عدّتها، ثم تزوّجتها بعد ذلك، وقالت امرأة: إنّ فلانًا تزوّجني قبلك وهو زوجي في الحال، ولا نكاح بيني وبينك، وفلان المقرّ له غائب، فالقاضي لا يفرّق بين المرأة وبين الزوج الثاني في الحال. فإن حضر الغائب وأقرّ بالنكاح، وأنكر الطلاق، قضي بالمرأة للذي حضر؛ لأنّ نكاح الذي حضر ثبت بتصادق الكلّ، ولم يثبت طلاقه لما أنكر الطلاق، وظهر أنّ الثاني تزوّجها منكوحة الأول، فلم يصحّ نكاح الثاني، فيفرّق بين الثاني وبين المرأة، ويقضى بالمرأة للأول. ثم ينظر إن كان الثاني لم يدخل بها كان للأول أن يقربها للحال، فهي امرأته، ولم تجب عليها العدّة عن الغير، وإن كان الثاني قد دخل بها فليس للأول أن يدخل بها للحال؛ لأنه وجب عليها العدّة من الثاني؛ لأنه وطئها بشبهة النكاح، إذ لا يجوز وطء معتدّة الغير، كما لا يجوز وطء منكوحة الغير، ونكاح الأول على حاله، وإن صارت معتدّة عن الثاني؛ لأنّ العدّة تمنع ابتداء النكاح، ولا تمنع بقاءه.

٤٠٨٠ – وإن أقرّ الذي حضر بالطلاق وانقضاء العدّة [كما قاله الزوج الثاني، والمرأة أنكرت الطلاق وانقضاء العدّة][4]، فإنّ الطلاق يقع عليها من الآن حين أقرّ بالطلاق، وتجب

---

(1) وفي ب: أقرأ.

(2) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

(3) وفي ظ: إن كان قد دخل بها.

(4) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

الثاني ؛ لأنه أقر بمجهول ، والإقرار للمجهول لا يصح ، فإذا جاء رجل وادعى كان هذا بمنزلة ابتداء الدعوى من غير تقدم الإقرار ، فيكون القول في إنكار نكاحه قول الزوج الثاني .

٤٠٨٣ - قال : ولا يمين على الزوج الثاني في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، وفي قياس قولهما يستحلف ، فإن حلف ، فهي امرأة الثاني ، وإن نكل فرق بين المرأة وبين الزوج الثاني ، وقضى بها للذي حضر . وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا : يجب أن يستحلف الزوج الثاني ههنا بلا خلاف ؛ لأن الدعوى ههنا في الفرقة ، ألا ترى لو نكل الزوج الثاني يفرق بينه وبين المرأة ، والاستحلاف يجري في دعوى الفرقة بلا خلاف ، فإن المرأة إذا ادعت الطلاق على الزوج ، وأنكر الزوج الطلاق يستحلف بلا خلاف .

قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى : هذا هو الصحيح ، أن الزوج الثاني يحلف بلا خلاف[1] ؛ لأنه استحلاف على الفرقة ، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يرى ذلك ، ومحمد رحمه الله تعالى في الكتاب يقول : في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى [ولم يقل في قول أبي حنيفة][2] ، فيكون هذا تخريجًا على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، ويجوز أن محمدًا أخطأ في هذا التخريج ، ولا نسلم هذا التخريج على قول أبي حنيفة .

قال شيخ الإسلام : الأول أصح ؛ لأن أبا حنيفة رحمه الله تعالى إنما يرى التحليف على الفرقة ، إذا وقع الدعوى في الفرقة مقصودًا ، كما في المسألة التي ذكرناها ، والدعوى ههنا ما وقع في الفرقة مقصودًا ، إنما وقع في النكاح ؛ لأن الذي حضر لا يدعي الفرقة على الثاني ، إنما يدعي نكاح نفسه ، إلا أنه متى نكل الثاني وثبت نكاح الذي حضر ، يجب التفريق بين المرأة وبين الزوج الثاني حكمًا لثبوت نكاح الذي حضر لا أصلا ومقصودًا ، فالأصل في هذا الباب أن دعوى النكاح أصل ، ودعوى الفرقة تبع ، والتبع ليس له حكم نفسه ، وإنما له حكم الأصل ، فإذا لم يجز الاستحلاف فيما هو الأصل وهو النكاح ، لا يجري فيما هو التبع له وهو الفرقة .

٤٠٨٤ - وفي فتاوى الفضلي : سئل عمن مات ، فشهد شاهدان أن هذه المرأة كانت امرأته ، وشهد آخران أنه كان طلقها قبل الموت ، قال : بينة[3] النكاح أولى ؛ لأنه يجعل كأنه طلقها ثم تزوجها . وقال القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي رحمه الله تعالى : بينة

(١) وفي م : بالإجماع مكان بلا خلاف .

(٢) أثبت من ب و ظ .

(٣) وفي م : بينة الأصل النكاح .

بإنكارها، وزعمه معتبر في حقه.

وكذلك لو ادّعت النكاح على رجل، وحلف الرجل لا يحلّ لها أن تتزوّج بزوج آخر؛ لأنّ في زعم المرأة أنّ الرجل كاذب، وأنّي منكوحته.

٤٠٩١- رجل ادّعى على امرأة النكاح، والمرأة تجحد نكاحه، وتقرّ بالنكاح لرجل آخر، فأقام المدّعي بيّنة على دعواه، فلم تظهر عدالة الشهود، فالقاضي يسلم المرأة إلى المقرّ له، وهذا إذا قال المدّعي: لا بيّنة لي سوى هذه البيّنة. أما إذا قال. لي بيّنة أخرى، فالقاضي لا يسلمها إلى المقرّ له، بل يحوّل بينها وبين المقرّ له، إلى أن يظهر عجز المدّعي عن إقامة البيّنة.

٤٠٩٢- امرأة ادّعت على رجل النكاح، والرجل يجحد، فأقامت المرأة شاهدين، شهد أحدهما أنّ هذا الرجل أقرّ أنّ هذه المرأة امرأتي، وشهد الآخر أنه أقرّ أنها كانت امرأتي، تقبل هذه الشهادة. وكذلك إذا شهد أحدهما أنها كانت امرأته، وشهد الآخر [أنها امرأته، أو شهد أحدهما بالفارسية (اين زن وى است)، وشهد الآخر][1] اين زن وى بوده است، تقبل؛ لأنّ الذي شهد أنها كانت امرأته شهد أنها امرأته للحال. ألا ترى أنّ في باب دعوى ملك الأعيان لو شهد أحد الشاهدين أنّ هذه العين كانت ملك هذا المدّعي، وشهد الآخر أنها ملك هذا المدّعي تقبل شهادتهما. ولو كان الزوج يدّعي أنها كانت امرأته، وشهد الشهود أنها امرأته، ينبغي أن لا تقبل هذه الشهادة كما في دعوى ملك العين، فإنّ من ادّعى عينًا في يد إنسان أنها كانت ملكه، وشهد الشهود أنها ملكه، أو ادّعى أنها كانت له، وشهد الشهود أنها له، لا تقبل هذه الشهادة عند أكثر المشايخ رحمهم الله تعالى، وهو الأصحّ.

٤٠٩٣- رجل ادّعى النكاح على امرأة، وهي تجحد تقول. إنّ لي زوجًا في بلد كذا، وسمّى ذلك الزوج أو لم يسمّ، وأقام الرجل البيّنة على دعواه، فالقاضي يقضي عليها بالنكاح، ولا يكون إقرارها بالنكاح لغير هذا المدّعي مانعًا من القضاء ببيّنة المدّعي.

٤٠٩٤- تزوّج امرأة بشهادة شاهدين، وأنكرت المرأة النكاح، وتزوّجت بآخر، وقد مات شهود الأول، ليس للزوج أن يخاصم المرأة؛ لأنّ المخاصمة للتحليف، والمقصود من التحليف النكول الذي هو إقرار. ولو أقرّت صريحًا بنكاح الأول بعد ما تزوّجت الثاني، لا يصح إقرارها، ولكن [للزوج الأول أن][2] يخاصم الزوج الثاني ويحلفه، فإن نكل حتى صار مقرًا ببطلان نكاحه، إلا أن يخاصم المرأة ويحلفها، وقد ذكرنا تمام المسألة قبل هذا.

---

(١) أثبت من ظ، ز، م.

(٢) أثبت من م، ز، ب، ز، ف.

هل هو شرط؟ والأصح أنه شرط، فلا بد من ذكره لتصحيح الدعوى.

٤٠٠١ - شهدا أن زوّج فلانة ابنة فلان، إلا أنهما قالا: نحن لا نعرفها بوجهها. فإن لم يكن له إلا بنت واحدة، أو كانت له بنتان، أو ثلاث، إلا أنه ليس له بهذا الاسم إلا واحدة، فالشهادة جائزة. ولو كان له بنتان كبرى وصغرى، فشهد شاهدان أنه زوّج ابنته الكبرى من هذا،

وقالا: نحن لا نعرف الكبرى بوجهها، فالشهادة جائزة، ويقضي القاضي بالنكاح، وإذا احتضر المدعي بعد ذلك بنتاً ويدّعي أنها هي الكبرى، فالقاضي يأمره بإقامة البيّنة على أنها هي الكبرى.

٤٠٠٢ - وفي الإقرار المنتقى: امرأة ادّعت على رجل أنه تزوّجها، فقال الرجل: لم أفعل، ثم قال: بلى فعلت، فهذا جائز، وكذلك إذا ادّعى الرجل النكاح، وجحدت المرأة، ثم أقرّت. ولو كانت المرأة أقرّت بالدعوى، فقالت: زوّجني إياك أبي، وقال: قد فعل، إلا أني رددت النكاح، ثم قالا بعد ذلك: قد كنت أجزته، فلا نكاح بينهما، إلا أن تعود المرأة إلى تصديقه، فيجوز حينئذ. قال: وليس إنكاره النكاح كدعواه[١] الفسخ. ألا ترى أنه لو أقامت بيّنة على رجل أن أباها زوّجها إياه، وقد رضي بالنكاح، فقال الرجل[٢]: زوّجني إياها، إلا أني قد فسخت النكاح، ولم أقبل، فإني أفرّق بينهما، وألزمه نصف المهر، ولو بدأ الزوج، فقال: قد زوّجني إياك أبوك، فقالت: قد فعل، إلا أني قد رددت النكاح، أو قالت: لم يفعل، ثم قالت: قد فعل ورضيت، لزمها في الوجهين.

٤٠٠٣ - وفي كتاب الدعوى من المنتقى: ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: في رجل[٣] مع امرأة له منه أولاد، وهي معه في منزله يطؤها، وتلد له سنين، ثم أنكرت أن تكون امرأته، قال: إذا أقرّت أن هذا الولد منها، فهي امرأته، وإن لم يكن بينهما ولد، وإنما كانت معه على هذه الحال، فالقول قولها.

٤٠٠٤ - وفيه أيضاً: ادّعى رجل على امرأة أنه تزوّجها، وأنكرت ثم مات الرجل، فجاءت تدّعي ميراثه، فلها الميراث، وكذلك لو كانت المرأة ادّعت النكاح، وأنكر الزوج، ثم ماتت المرأة، فجاء الرجل يطلب ميراثها، ويزعم أنه تزوّجها، فله الميراث.

---

(١) لعله هو الصحيح. وكان في الأصل: كذا غاية الفسخ.

(٢) وفي ب: الزوج.

(٣) وفي م: في رجل دخل مع امرأة.

٤١٠٥ - وفي إقرار الأصل: إذا أقرّ رجل أنه تزوّج فلانة بألف، وصدّقته المرأة بعد ما مات، يعمل تصديقها حتى كان لها المهر والميراث، وإن أقرّت المرأة أنها تزوّجت فلانًا بألف درهم، وصدّقها الزوج بعد موتها، يعمل تصديقه عندهما، حتى يرث منها، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: لا يعمل تصديقه، حتى لا يرث منها.

٤١٠٦ - ادّعى أنها امرأته، وشهد الشهود أنه تزوّجها في شهر كذا، يقبل، وعلى العكس لا يقبل. وإذا شهد أحد الشاهدين أنه تزوّجها وشهد الآخر أنها وهبت نفسها منه، تقبل الشهادة؛ لأن لفظ الهبة صارت كناية عن التزويج مجازًا، ولو شهد أحدهما أنه نكحها وشهد الآخر أنه تزوّجها تقبل الشهادة. وقيل: لا تقبل؛ لأن النكاح يستعمل في الوطء، وهذا القائل يقول: لو شهدا أنه نكحها لا تقبل شهادتهما، وعلى القول الأول تقبل، وهو الصحيح.

٤١٠٧ - ولو شهد أحدهما أنه نكحها، وشهد الآخر بالفارسية "وي را بزني خواسته است" لا تقبل هذه الشهادة، هكذا [قيل، وقيل: تقبل، وهكذا][1] ذكر البقالي في فتاواه. إذا اختلفا في الزمان: فقد ذكرنا هذا الفصل في أول الكتاب في فصل الشهادة، وإذا اختلفا في المكان لا تقبل الشهادة، وكذا إذا اختلفا في الإنشاء والإقرار لا تقبل الشهادة.

٤١٠٨ - وإذا ادّعى أنه تزوّجها على ألف وخمسمائة، وشهد أحد الشاهدين بذلك، وشهد الآخر بألف يقضى بالنكاح بألف؛ لأن المقصود والمبتغى من جانب الزوج ملك البضع، وقد اتفقا عليه، ولو كان الدعوى من جانب المرأة فكذلك الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما لا يقضى بالنكاح، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى في الأمالي مثل قول أبي حنيفة.

٤١٠٩ - ولو شهد أحدهما أنه تزوّجها على هذا العبد، وقيمته ألف، وشهد الآخر أنه تزوّجها على ألف، فإن كان الدعوى من جانب الزوج يقضى بالنكاح، وإن كان من جانب المرأة يجب أن يكون على الخلاف.

نوع آخر منه في اختلافهما في متاع البيت:

٤١١٠ - إذا اختلف الزوجان في متاع البيت[2] حال قيام النكاح، أو بعد الفرقة

(١) أثبت من جميع النسخ التي اعتمدنا عليها.

(٢) أثبت من النسخ التي اعتمدنا عليها

بالطلاق، أو ما أشبه، قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى : ما يصلح للرجال، فهو للرجل، وذلك نحو السيف، والقوس، وأشباه ذلك. وما يصلح للنساء، فهو للمرأة، وذلك نحو الدرع، والخمار، والمغزل، وأشباه ذلك. وما يصلح لهما نحو الدار، والخادم، والغنم، والشياه[1]، فهو للرجال. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : للمرأة جهاز مثلها، والباقي للرجل.

وهذا الذي ذكرنا إذا اختلفا بعد الفرقة في متاع كان في أيديهما حال قيام النكاح، أما لو اختلفا بعد وقوع الفرقة في متاع أحدثا بعد الفرقة، فهو بينهما أي شيء كان.

٤١١١ - وإذا مات أحدهما، ثم وقع الاختلاف بين الباقي وورثة الميت، على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يعطي المرأة جهاز مثلها إن كانت حية، وورثتها إن كانت ميتة، والباقي للزوج إن كان حيا، ولورثته إن كان ميتًا [وعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى : ما يصلح للرجال، فهو للرجل إن كان حيًا، ولورثته إن كان ميتًا، و][2] ما يصلح للنساء، فهو على هذا، وما يصلح لهما، فهو على قول محمد رحمه الله تعالى : للرجل إن كان حيا، ولورثته إن كان ميتًا، وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى : المشكل للباقي منهما.

٤١١٢ - وما كان من متاع التجارة والرجل معروف بتلك التجارة، فهو للرجل، وإن كان أحدهما حرًا، والآخر مملوكًا، فإن كان المملوك محجورًا، فالمتاع للحر منهما أيهما كان، وإن كان أحدهما مأذونًا أو مكاتبًا، فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى هذا وما لو كان أحدهما محجورًا سواء. وعندهما هذا وما لو كانا حرين سواء.

٤١١٣ - وإن كان له نسوة، ووقع الاختلاف بينه وبينهن في المتاع، فإن كن في بيت واحد فمتاع النسوة بينهن على السواء، وإن كانت كل واحدة في بيت على حدة، فما كان في بيت كل امرأة فهو بينها وبين زوجها على ما وصفنا، لا يشارك[3] بعضهن بعضًا، فإن كان أقرت المرأة بمتاع، إن الرجل اشتراه فهو للرجل، اعتبارًا للثابت بإقرارها بالثابت عيانًا. وإذا كان المنزل ملكًا للزوج أو للمرأة، فالقول في المتاع على ما وصفنا. وإن كان أحد الزوجين غير مدرك، إلا أنه يجامع[4] مثله، فالقول في المتاع على ما وصفنا، وإن كانا مملوكين أو مكاتبين،

(١) وفي "م" : الشائمة.

(٢) أثبت من النسخ التي اعتمدنا عليها.

(٣) هكذا في "ظ"، وكان في الأصل و"ب" : لا يشارك.

(٤) وفي "ف" : لا يجامع.

فالقول في المتاع على ما وصفت؛ لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر.

٤١١٤ - روى المعلى عن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى في رجل له بنون زوجهم، إلا أنه لم يزوجهم، فيموت [الأب وهم](1) مع أبيهم في داره وعياله. فقال البنون: المتاع متاعنا. فإن المتاع متاع الأب إلا الثياب التي عليهم. وإذا كان الأولاد في عيال أب كبير في منزله، فالمتاع متاع الأب، لا ما على الابن وصاحب الصغيرة. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: ما كان على الأمة من لباس النساء من الثياب والحلي فهو لها، وكذلك ما كان على العبد مما يلبسه الرجال. قال: ولا أحفظ فيه شيئا عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى، ولكني أحفظ عنه في رجل أجر عبده من رجل ليعمل عنده، فما كان في يد العبد فهو للأستاذ، وما كان العبد لابسه فهو للعبد، فهذا على ذلك.

٤١١٥ - أبو سليمان عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا اختصم الزوجان في دار في أيديهما فهو للزوج في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وإن أقاما البينة فالبينة بينة المرأة، وهذا اختلافهما في متاع من متاع النساء، وأقاما البينة، فقضي به للزوج.

نوع آخر منه في اختلافهما في المتاع والنكاح:

٤١١٦ - قال هشام: سألت محمدا رحمه الله تعالى عن رجل وامرأة في دار، ادعت المرأة أن الدار دارها، وأن الرجل عبدها، وأقامت على ذلك بينة، وادعى الرجل أن الدار داره، وأن المرأة امرأته، فقال: أقبل بينة المرأة على الدار؛ لأني أجعل الدار في يد الرجل، فالدار دارها، وأجعل البينة بينة الزوج في التزويج، وأجعلها امرأته، وتزويجها نفسها إقرار منها بأنه ليس بمملوك لها.

٤١١٧ - وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل وامرأة وفي أيديهما دار، أقامت المرأة بينة أن الدار دارها، والرجل عبدها، وأقام الرجل بينة أن الدار داره، وأن المرأة [زوجته](2) تزوجها على ألف درهم ودفعها إليه، ولم يقم بينة أنه حر، فإنه يقضي بالدار للمرأة، ويقضي بالرجل أنه عبد لها.

٤١١٨ - ولو أقام بينة أنه حر الأصل والمسألة بحالها، كانت المرأة امرأته، ويقضي بأنه

(١) أثبت من ... [illegible]

(٢) أثبت من النسخ التي اعتمدنا عليها.

حرة، ويقضى [بالدار][1] للمرأة؛ من قبل أن الدار والمرأة في يدي رجل، حيث جعلتها امرأته، والمرأة هي المدّعية للدار كزوجين في أيديهما [دار][2]، وأقام كل واحد منهما بيّنة على أن الدار داره، وهناك يقضى بالدار للمرأة، قال: وهكذا في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، قال: ولو لم يكن بينهما بيّنة، كانت الدار للزوج -والله أعلم-.

نوع آخر في اختلافهما في صحّة العقد وفساده:

٤١١٩ - امرأة قالت لزوجها: تزوّجتني بغير شهود، وقال الزوج: لا، بل تزوّجتك بشهود. فالقول قول الزوج، ولو قالت المرأة: تزوّجتني وأنا صبية. وقال الزوج: تزوّجتك وأنت بالغة، فالقول قول المرأة.

٤١٢٠ - الأصل في جنس هذه المسائل ما مرّ قبل هذا في فصل الشهادة في النكاح: أن الزوجين إذا اختلفا في صحة العقد وفساده، فالقول قول من يدّعي الصحة بشهادة الظاهر له، فبعد ذلك إن كان المدّعي للصحة المرأة، يفرّق بينهما ويجعل كأنّ الزوج أقر بثبوت حرمة حادثة، كأنه قال: أنت عليّ حرام للحال، فيفرّق بينهما، ولها عليه نصف المهر إن لم يدخل بها، وجميع المهر إن دخل بها، وعليها العدّة. وإذا اختلفا في وجود أصل النكاح، فالقول قول [من ينكر][3] الوجود.

إذا ثبت هذا فنقول: في الفصل الأول: اختلفا في صحة العقد وفساده، لا في وجود أصله؛ لأنّ الشهادة شرط صحة العقد، لا شرط وجوده. وفي الفصل الثاني: اختلفا في وجود أصل النكاح؛ لأنّ النكاح في حالة الصغر قبل وجود إجازة الولي ليس بنكاح معنى؛ لأنّ النكاح متردّد بين الضرر والنفع، وعبارة الصبي في مثل هذه الحالة ملحقة بالعدم، فكانت منكرة وجود العقد، فكان القول قولها.

وإذا جعلنا القول قول الزوج في المسألة الأولى، وقضى القاضي بالنكاح بينهما، ذكر أنّ في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف الأول، وسعها أن تقيم معه وتجامعه، وإن مات الزوج حلّ لها أخذ الميراث وإن كانت صادقة فيما قالت. وعلى قول أبي يوسف الآخر، وهو قول محمد رحمه الله تعالى: إن كانت صادقة فيما قالت لا يسعها المقام معه، ولا يسعها أن تدعه

(١) هكذا في النسخ التي عندنا، وكذا في الأصل: بالدراهم.
(٢) أثبتت من "ظ".
(٣) أثبت من "ب" و"ف" و"ص".

٤١٢٥ - وذكر في تجريد القدوري رحمه الله تعالى، في فصل المرأة: يجوز له أن يتزوّجها إذا كانت عنده ثقة، أو وقع في قلبه أنها صادقة. وإن كان الزوج الثاني هو الذي أقرّ بالدخول، والمرأة هي أقرت بذلك ثم يحل للزوج الأول أن يتزوّجها، ولا يصدق الزوج الثاني عليها، وإن كان قد(١) خلا بها. ولو أنكرت الدخول بعد ما تزوّجها الأول بعد إقرارها لم يصدق في ذلك؛ لكونها مناقضة.

٤١٢٦ - وإن كان الزوج الأول بعد ما تزوّجها أنكر أن الزوج الثاني دخل بها، وادّعت هي الدخول، كان القول قولها؛ لأن إقدام الزوج الأول على النكاح بعد نكاح الثاني إقرار منه بالدخول دلالة، ولو أقرّ صريحاً بذلك ثم أنكر، لا يلتفت إلى إنكاره، كذا ههنا.

٤١٢٧ - وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: المطلقة ثلاثاً إذا طلقها الزوج الثاني، واعتدّت منه، وعادت إلى الأول بنكاح جديد، ثم ادّعت أن الثاني لم يكن دخل بها، فإن كانت عالمة بشرائط الحلّ للأول لا تصدّق، وله أن يمسكها، وإن كانت جاهلة بالشرائط صدّقت؛ لأن إقدامها على النكاح مع العلم بشرائط الحلّ إقرار بوجود تلك الشرائط، فأما الإقدام مع الجهل بالشرائط لا يكون إقراراً بوجود الشرائط.

٤١٢٨ - وفي نكاح المنتقى قال هشام: سألت محمداً رحمه الله تعالى عن رجل طلّق امرأته بعد الدخول بها، ثم تزوّجت بزوج آخر بعد الطلاق بيوم، فقال الزوج: تزوّجتك ولم تنقض عدّتك، وقالت: قد كنت أسقطت بعد الطلاق، فالقول قول الزوج، وإن سألت هي قبل أن تزوّج نفسها من هذا الرجل، أو بعد ذلك، وقالت: قد كنت أسقطت، وانقضت عدّتي، وتزوّجت، قبل قولها، فإن قال الزوج بعد ذلك: كنت في العدّة حين تزوّجتك، فسخت النكاح بينهما، وقضيت لها بنصف المهر على الزوج.

٤١٢٩ - وفي طلاق المنتقى أبو سليمان عن أبي يوسف: رجل طلّق امرأته ثلاثاً، فمكثت شهرين، ثم تزوّجها رجل، فقالت بعد النكاح: لم تكن عدّتي انقضت، لم يصدّق المرأة، وله أن يمسكها في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وتزويجها نفسها إقرار بانقضاء العدّة، ولو كان تزوّجها بعد الطلاق في وقت لا تنقضي في مثله العدّة، قبل قولها. ولو تزوّجها الزوج الأول بعد سنين من وقت الطلاق، فقالت المرأة بعد ذلك: لم أتزوّج غيرك، فالقول قولها، وليس هذا كالعدّة.

---

(١) وفي ب: [illegible] الأصل.

نوع آخر

٤١٣٠ - امرأة غزلت قطن زوجها، ثم وقع بينهما فرقة، واختلفا في الغزل، فقال كل واحد منهما: الغزل لي، فإن كان الزوج بياع القطن، فالغزل لها وعليها مثل قطن الزوج؛ لأن الظاهر أنه اشترى القطن للتجارة، لا لغزل المرأة، فتصير المرأة بالغزل غاصبة، وإن لم يكن الزوج بياع القطن، فالغزل له؛ لأن الظاهر أنه إنما حمل القطن إلى البيت لغزل المرأة، والظاهر أن المرأة تغزل للزوج، وكذلك هذا الجواب فيما إذا طبخت المرأة القدر من الطعام الذي جاء به الزوج. ولو قال لها الزوج حين جاء بالقطن: اغزلي ليكون لك وإليّ منه الثوب وأشباهه، فالغزل للزوج[1]، ولها أجر مثلها؛ لأنه استأجرها ببعض ما يحصل من عملها، فإن اختلفا كان القول قول الزوج؛ لأن هذا الشرط هو شرط الأجر يستفاد من جهته، فيكون القول له مع يمينه، هذه الجملة من فتاوى أهل سمرقند.

٤١٣١ - في نكاح فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: امرأة غزلت قطن زوجها بإذنه[2]، وكانا يبيعان من ذلك الكرباس، ويشتريان بالثمن أمتعة البيت لحاجة بيتهما، وتتخذ بعض الكرباس ثياب البيت، فجميع ذلك من الكرباس وما اشتري به، للرجل؛ لأن المرأة تعمل للرجل عادة، فيكون ذلك للرجل إلا شيئاً اشترت لها.

٤١٣٢ - وفي بيوع فتاوى أبي الليث: رجل كان يدفع إلى امرأته ما تحتاج إليه، وكان يدفع إليها أحياناً دراهم، ويقول: اشتري بها قطناً واغزلي، وكانت تشتري وتغزل، ثم تبيع وتشتري بثمنها أمتعة البيت، كانت الأمتعة لها؛ لأنها اشترت من غير توكيل الزوج إياها بالشراء، فتكون مشترية لنفسها، ولو اشترى الزوج قطناً، فغزلته امرأته بيدها، ثم صيّرته ثوباً، كان ذلك للزوج؛ لأن هذا من جملة خدمة البيت، فكانت خادمة الزوج.

٤١٣٣ - وفي المنتقى: بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل اشترى قطناً، وأمر امرأته أن تغزله فغزلته، قال: هو له، فإن وضعه في البيت فغزلته، فهو لها ثمنه، ولا شيء عليها، هو بمنزلة الطعام وضعه في البيت فأكلته.

٤١٣٤ - وفيه: رجل جاء بقطن لتغزله امرأته، ولم يقل لها: اغزليه، أو قال لها: اغزليه، أو تركه عنده نفقة لتأكلها وتنتفع بها، ولم يفرض لها كل شهر نفقة، فاشترت منها قطناً وغزلته، فهو للزوج في جميع هذه الوجوه، وإن كان فرض لها كل شهر نفقة، فاشترت

(١) هكذا في [illegible] وكذا في الأصل بغير إذنه.

(٢) هكذا في [illegible] في الأصل [illegible] فالغزل لها، وللزوج أجر مثلها.

منها قطنًا، وغزلته فهو لها، وإن كان له في البيت قطن، فغزلته بغير أمره فهو لها.

٤١٣٥ - وفي نوادر هشام عن محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى قطنًا، ودفعه إلى امرأته، فقال له الزوج: غزلته بغير أمري، فالقول قوله؛ لأن القطن له.

ومما يتصل بهذا الفصل:

٤١٣٦ - رجل زوّج ابنته وجهزها، ثم ماتت الابنة، فزعم أبوها أن الذي دفع إليها من الجهاز ملكه، وأنه لم يهبه منها، وإنما أعاره منها، فالقول قول الزوج، وعلى الأب البينة؛ لأن الظاهر شاهد للزوج، لأن الظاهر أن الأب إذا جهّز ابنته يدفع ذلك إليها بطريق الملك. والحيلة للصحة أن يشهد عند التسليم إلى البنت: أني إنما سلّمت هذه الأشياء إليها بطريق العارية، أو يكتب نسخة معلومة، ويشهد الأب على إقرارها أن جميع ما في هذه النسخة ملكه والذي عارية في يدي، لكن هذا يصلح للقضاء لا للاحتياط؛ لجواز أنه إنما اشترى لها بعض هذه الأشياء [في حالة الصغر](١)، وبهذا الإقرار لا يحل للأب فيما بينه وبين الله تعالى، فالاحتياط أن يشتري منها ما في هذه النسخة بثمن معلوم، ثم إن البنت تبرئه عن الثمن.

ويحكى عن القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي رحمه الله تعالى: أن القول قول الأب؛ لأن اليد استفيدت من جهته، فيكون القول قوله أنه بأي جهة أثبت، وهكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى، وبه أخذ بعض مشايخنا. وقال الصدر الشهيد في واقعاته: المختار للفتوى أن العرف إذا كان مستمرًا أن الأب يدفع ذلك جهيزًا لا عارية، كما في ديارنا فالقول قول الزوج، وإذا كان العرف مشتركًا، فالقول قول الأب.

٤١٣٧ - وفي فتاوى أبي الليث: امرأة [ماتت](٢) فاتخذت والدتها مأتمًا، فبعث زوج الميتة إليها بقرة فذبحتها، وأنفقتها في أيام المأتم، فطلب الزوج قيمة البقرة، فإن كان بعثها إليها، وأمرها أن تذبح وتطعم من اجتمع عندها، ولم يذكر القيمة، ليس له أن يرجع عليها؛ لأنها فعلت بإذن الزوج من غير شرط القيمة، وإن اتفقا على أنه بعث إليها لتذبح وتطعم من اجتمع عندها ليرجع بقيمته عليها، كان له أن يطالبها بالقيمة؛ لاتفاقهما على شرط القيمة، وإن اختلفا في ذلك، فالقول قول أم الميتة؛ لأن حاصل اختلافهما في شرط الضمان، وأم الميتة تنكر ذلك.

---

(١) أثبت من ب، ح، ف، وظ.

(٢) أثبت من ب، ح، ف، وظ.

فلما ذكر في "فتاوى أبي الليث": أن [للزوج](1) أن يضرب امرأته على أربع خصال، وما هو في معنى الأربع: أحدها على ترك الزينة لزوجها والزوج يريدها، والثانية على ترك الإجابة إذا دعاها إلى فراشه، والثالثة على ترك الصلاة وترك الغسل، والرابعة على الخروج من المنزل. وفي كتاب العلل: ليس للزوج أن يضرب امرأته على ترك الصلاة [وليس للأب أن يضرب ولده على ترك الصلاة](2) في رواية، وفي رواية له ذلك، ولو ضرب الزوج الزوجة؛ لترك مطاوعته في الفراش فهلكت، يضمن، وكذلك الأب إذا ضرب ولده للتأديب.

٤١٤٢ - وفي كتاب الخراج لأبي يوسف رحمه الله تعالى: وللرجل أن يأمر جاريته الكتابية بالغسل من الجنابة، ويجبرها على ذلك، والمرأة الكتابية تكون تحت مسلم على هذا القياس. قيل: وتمنع الزوج في معنى الأربع.

٤١٤٣ - إذا أراد أن يطلق امرأته بغير ذنب منها، يسعه فيما بينه وبين الله تعالى أن يعطيها مهرها، ونفقة عدتها، ويطلقها؛ كما روي عن الحسن بن علي رضي الله تعالى عنهما: أنه كان كثير النكاح كثير الطلاق، فقيل له في ذلك: فقال: إني أحب الغنى، والله تعالى جمع الغنى في شيئين، قال الله تعالى: ﴿إِن يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِن فَضْلِهِ﴾(3)، وقال الله تعالى: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ﴾(4).

٤١٤٤ - في "العيون": رجل له امرأة لا تصلي، يطلقها؛ حتى لا يصحب امرأة لا تصلي، وإن لم يكن له ما يعطي مهرها، فالأولى أن يطلقها، قال أبو حفص البخاري: إن ألقى(5) الله تعالى، ومهرها في عنقي، أحب إلي من أن أطأها، وهي لا تصلي.

٤١٤٥ - وذكر شيخ الإسلام الإمام أبو حفص السفكردري في "فوائده": أنه لا ينبغي للرجل الحنفي أن يزوج ابنته من شفعوي المذهب، وعن بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى: أنه يجوز لنا أن نتزوج بناتهم، ولا يجوز لنا أن نزوج بناتنا منهم. وعن الشيخ الإمام الكبير الحنبل أبي بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى أن من قال: أنا مؤمن - إن شاء الله - أنه يكفر في الحال، فعلى هذا القياس لا يجوز المناكحة بيننا وبينهم أصلاً

(١) هكذا في بعض النسخ التي اعتمدنا عليها، وكذا في الأصل: للرجل.
(٢) أثبت من [illegible].
(٣) النور: ٣٢.
(٤) النساء: ١٣٠.
(٥) وفي [illegible].

يطبخ ويخبز، وإن كانت ممن لا تقدر على ذلك، وهي من جملة من تخدم نفسها [يجب عليها][1]؛ لأنها متعنتة، لأن النبي عليه الصلاة والسلام جعل خدمة داخل البيت على فاطمة رضي الله تعالى عنها، وخدمة خارج البيت على علي رضي الله تعالى عنه. وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى: أنها لا تجبر أصلاً، ولكن لا يعطيها الإدام حينئذ، وهو الصحيح.

٤٤٥١ - وفي "المنتقى"[2] عن عيسى عن محمد رحمه الله تعالى: ليس للرجل أن يستخدم امرأته الحرة، وفيه إبراهيم عن محمد: للمرأة أن لا تخبز لزوجها، ولا تطبخ له، والزوج بالخيار إن شاء أعطاها خبزاً، وإن شاء أعطاها دقيقاً.

٤٤٥٢ - وإذا كان للرجل والدة، أو أخت، أو ولد من امرأة أخرى، أو إنسان ذو رحم محرم من الزوج، وكانت المرأة نازلة معهم في منزل واحد، فقالت المرأة للزوج: أنا لا أنزل مع أحد من هؤلاء، فصيِّرني في منزل على حدة، فالمسألة على وجهين: إن كان في الدار بيوت، أعطى لها بيتاً يغلق عليه ويفتح، لم يكن لها أن تطالبه بمنزل آخر، وإن لم يكن في الدار بيوت، ولم يكن إلا بيت واحد، فلها أن تطالبه بمنزل آخر؛ لوجهين: أحدهما: أنها تخاف على أمتعتها، والثاني: أنه يكره المجامعة ومعها في البيت غيرها.

٤٤٥٣ - وذكر الخصاف المسألة في "أدب القاضي" في باب نفقة المرأة: وإن كان للرجل أمة، فقالت المرأة: أنا لا أسكن مع أمتك، وأريد بيتاً على حدة، قيل: ليس لها ذلك؛ لأن جارية الرجل بمنزلة متاعه، وإنه يشكل على المعنيين جميعاً، أما على المعنى الأول: فظاهر، وأما على المعنى الثاني: فلأنه تكره المجامعة بين يدي أمة الرجل، هذا قول محمد رحمه الله تعالى، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى.

٤٤٥٤ - إذا شكت المرأة للقاضي أن الزوج يضربها، وطلبت من القاضي أن يأمره حتى يسكنها بين قوم صالحين، فإن علم القاضي أن الأمر كما قالت، زجره عن ذلك ومنعه من التعدي عليها [وإن لم يعلم][3]، فإن كان جيران هذه الدار [قوماً][4] صالحين، أقرّها هناك وسأل عنهم، فإن ذكروا منه مثل ما ذكرت زجره [عن ذلك، ومنعه عن التعدي عليها][4]، وإن ذكروا أنه لا يؤذيها تركها، وإن لم يكن في جوارها من يوثق به، أو كانوا يميلون إليه أمره أن يسكنها بين قوم صالحين، ويسأل عنهم، ويبني الأمر على هذا أيضاً في هذا الباب.

---

(١) أثبتناه من ب و ذ و ف.

(٢) أثبتناه من ب و ف و م.

(٣) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: بين قوم صالحين.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

الفصل الثالث والعشرون في العنين والمجبوب والخصي

٤١٥٥ - وإذا وجدت المرأة زوجها عنينًا، فلها الخيار إن شاءت، أقامت معه كذلك، وإن شاءت خاصمته إذا وجدت عند القاضي، وطلبت الفرقة. فإن خاصمته، فالقاضي يؤجله سنة، وتعتبر السنة بالأيام عند أكثر المشايخ رحمهم الله تعالى، وهو رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى، وعليه الفتوى، ولا يكون التأجيل إلا عند سلطان يجوز قضاؤه، وابتداء التأجيل من وقت المخاصمة، فإذا مضت سنة من وقت التأجيل، وادّعى الزوج أنه وصل إليها، فإن كانت ثيّبًا، فالقول قول الزوج مع يمينه، وإن كانت بكرًا أراها القاضي النساء، والواحدة تكفي، والمثنى أحوط، فإن قلن: إنها ثيّب، ثبت ثيابتها، أما إذا[١] لم يثبت وصوله إليها، فيكون القول في ذلك قول الزوج مع يمينه.

٤١٥٦ - وإن قلن: هي بكر، يخيّرها القاضي، فإن اختارت زوجها، أو قامت من مجلسها، أو أقامها أعوان القاضي، أو قام القاضي قبل أن تختار شيئًا، بطل خيارها، وإن اختارت الفرقة أمر القاضي زوجها أن يطلقها، فإن أبى فرّق القاضي بينهما، هكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى في "الأصل".

٤١٥٧ - وذكر في "المنتقى": هشام عن محمد: في العنين إذا مضى سنة، خيّر القاضي امرأته، وصار كأن الزوج خيّرها، فإذا اختارت نفسها بانت منه، فعلى هذه الرواية لم يشترط قضاء القاضي لوقوع الفرقة، وإنها تخالف رواية "الأصل".

وفي "المنتقى" أيضًا: بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: خيار امرأة العنين، إذا تمّ الأجل وخيّرها القاضي بمنزلة خيار الزوج، ذكره مطلقًا ولم يفسّره. قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله تعالى: تأويله عندي في القيام عن المجلس قبل أن تختار شيئًا، ثم رضاها بالمقام معه عند السلطان أو غيره يسقط حقها، واختيارها نفسها لا يكون إلا عند السلطان.

ثم إذا فرّق القاضي بينهما على ما هو المذكور في "الأصل" كانت هذه تطليقة بائنة، لأن حكم الرجعة مختص بعدة بعد الدخول حقيقة، ولها المهر كاملًا، وعليها العدة.

٤١٥٨ - ولو خاصمته وهو محرم، أجّله سنة بعد الإحرام، ولو خاصمته وهو مظاهر، فإن كان يقدر على العتق، أجّله سنة من حين الخصومة، وإن كان لا يقدر على العتق أمهله

---

(١) هكذا في "ف" و"ب"، وفي "ظ": لم

شهرين؛ لأجل التكفير، ويؤجله سنة بعد الشهرين، ولو ظاهر بعد ما أجّل، لم يرد على المدة شيء؛ لأنه كان متمكّنًا من أن لا يظاهر منها، بخلاف ما إذا خاصمته وهو مظاهر، وإن كان يصل إلى غيرها من نسائه أو جواريه، يؤجل في حق هذه، وإذا وصل إليها بأمره بطل خيارها، وسقط حقها في التفريق.

٤١٥٩ - وإذا وجدت زوجها عنينًا، وأخّرت المرافعة إلى القاضي، لا يسقط حقها ما لم تقل رضيت بالمقام معه، وكذلك إذا أخّرت الخصومة بعد ما مضى الأجل، لا يبطل حقها في الخصومة ما لم تقل رضيت. وكذلك لو أقامت معه مطاوعة في المضاجعة وغيرها، لم يكن هذا رضا [حتى][1] تقول: رضيت.

٤١٦٠ - وإذا أجّل العنين، فأيام الحيض وشهر رمضان يحتسب عليه، ولا يجعل له بدل. ولو مرض أحدهما مرضًا لا يستطيع الجماع معه، فإن كان أقل من نصف شهر احتسب عليه، ولا يجعل له بدله، وإن كان أكثر من نصف شهر لا يحتسب عليه، ويجعل له بدل، هكذا روى ابن سماعة في "نوادره" عن محمد رحمه الله تعالى.

وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى روايتان، في رواية كما قال محمد، وفي رواية ما لم يمرض سنة [لا يعوّض][2] مكانه.

٤١٦١ - وفي "المنتقى": جعل غيبة أحدهما، وحبسه بمنزلة المرض؛ ولو حجّت لا يحتسب على الرجل مدة خروجها، ولو حجّ هو احتسب عليه، هكذا روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى.

٤١٦٢ - ولو تزوّجها ووصل إليها، ثم عنّ ففارقته، ثم تزوّجها، ولم يصل إليها، فلها الخيار.

٤١٦٣ - ولو كانت المرأة رتقاء، والزوج عنّين، فلا خيار لها، هذا إذا وجدت زوجها عنينًا، وإن وجدت زوجها مجبوبًا، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا وجدت زوجها عنينًا إلا في خصلة، أن المجبوب لا يؤجل؛ لأنه لا فائدة فيه بخلاف العنين.

٤١٦٤ - قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع": امرأة الصبي إذا وجدت الصبي مجبوبًا، فالقاضي يفرّق بينهما بخصومتها في الحال، ولا ينتظر بلوغ الصبي، بخلاف ما إذا وجدت المرأة الصبي عنينًا لا يصل إليها، فإن القاضي لا يفرّق بينهما بخصومتها في الحال، بل

---

(١) أثبت من ط.

(٢) هكذا في ط، وكان في ف: لا يقوم، وكذا في الأصل: لا يعرض.

٤١٦٦- ولو كانت المرأة صغيرة زوّجها أبوها فوجد زوجها مجبوبًا، لا يفرّق بينهما بخصومة الأب حتى تبلغ، علّل محمد رحمه الله تعالى في الكتاب فقال: لأني لا أدري لعلها سترضى بزوجها إذا بلغت، وفرّق بين هذه المسألة وبين ما إذا ورث الصغير عبدًا قد اشتراه مورثه، واطّلع الصبي على عيب بالعبد[1] قد كان عند بائع مورثه، كان للولي أن يخاصم البائع في العيب، ولا ينتظر بلوغه.

٤١٦٧- ولو كانت المرأة بالغة والمسألة بحالها، فوكّلت المرأة رجلا بالخصومة مع زوجها وغابت، هل يفرّق بينهما بخصومة الوكيل؟ لم يذكر محمد هذا الفصل في الكتاب، وقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، قال بعضهم: لا يفرّق بل ينتظر حضورها، ألا ترى أنه لا يفرّق بخصومة الأب إذا كانت الابنة صغيرة، وبعضهم قالوا: يفرّق بينهما. وفرّق بين الصورتين، والفرق: أن المرأة إذا كانت بالغة غائبة، فلو أخّرنا التفريق إلى أن تحضر، وليس لحضورها من الغيب وقت معلوم، كان في هذا التأخير إبطال لحقها في التفريق، فيفرّق بخصومة الوكيل؛ صيانة لحقها، وأما إذا كانت صغيرة، فليس في تأخير الفرقة إلى أن تبلغ إبطال حقها في التفريق؛ لأن لبلوغها غاية معلومة، والرضا بعد البلوغ موهوم، فوجب، فإذا وجب التأخير لم يكن في إقامة الأب مقامها في استيفاء هذا الحق قبل البلوغ، كما لو كان لها دين مؤجل على إنسان، لا يقوم الأب مقامها في استيفاء ذلك قبل الأجل، ولو كان استيفاء الدَّين مما يجري فيه النيابة.

٤١٦٨- وإن وجدت زوجها خصيًا، فإن كان بحال تنتشر آلته وتصل إلى المرأة [لا خيار لها، وإن كان لا تنتشر آلته ولا تصل إلى المرأة][2]، فالجواب فيه كالجواب في العنين، ولو تزوّجت وهي تعلم بحاله، فلا خيار لها، ومن المشايخ رحمهم الله تعالى من قال في المجبوب: لا خيار لها، وفي الخصي والعنين: لها الخيار؛ لأنها [طمعت][3] حالة العقد أن يزول العذر، ويصل إلى حقها.

وقال مشايخ العراق: وإن كان عنينًا يتفاوت الناس بعُنّته، ولم يقض القاضي بعنّته مرة، لها الخيار، وإن كان عنينًا قضى القاضي بعنّته مرة، لا خيار لها.

٤١٦٩- وإذا فرّق القاضي بين العنين وبين امرأته، فجاءت بولد ما بينها وبين سنتين،

---

(١) وفي "ب" و "ز" و "ف": واطلع الولي على عيب بالعبد.

(٢) أثبت من "ب" و "ز" و "ف" و "ظ".

(٣) هكذا في "ب" و "ز" و "ف" و "ظ"، وكان في الأصل: طلبت.

لزمه الولد؛ لأن النسب ثبت حقاً للصبي، فإذا أقر الزوج الوصول إليها فقال: كنت وصلت إليها، أبطل الحاكم الفرقة، كذا روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى؛ لأن ثبات النسب دليل على الدخول، لأنه هو ما شرع له بقضية الأصل، ولو شهد شاهدان على الدخول، أليس أنه يبطل الفرقة، كذا هنا.

٤١٧٠ - وإن كان الزوج مجبوباً، ففرق القاضي بينهما، فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الفرقة، لزمه الولد، خلا بها أو لم يخل بها، وهذا عند أبي يوسف رحمه الله تعالى، وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: لزمه إلى سنتين إذا خلا بها، والفرقة ماضية بلا خلاف.

٤١٧١ - وإن كان الزوج محبوساً، وهي لم تعلم بحاله، فجاءت بولد فادّعاه، وأثبت القاضي نسبه، ثم علمت بحاله وطلبت الفرقة، فلها ذلك، قال: لأن الولد لزمه بغير جماع، ولو أقام الزوج بينة قبل الفرقة على إقرارها أنه وصل إليها بطلت الفرقة، ولو أقرت هي بعد الفرقة أنه قد كان وصل إليها[1] قبل الفرقة، لا تبطل الفرقة.

٤١٧٢ - وإذا كان زوج الأمة عنيناً، فالخيار إلى المولى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وقال محمد وزفر رحمهما الله تعالى: الخيار لها.

٤١٧٣ - وقال محمد: وللمرأة الخيار في الجنون، والجذام، وكل عيب لا يمكنه المقام معه إلا بضرر، ألا ترى أنه ثبت لها الخيار في الجبّ والعنّة، وإنما يثبت دفعاً للضرر عنها، وفرق بين جانب الرجل وبين جانب المرأة [من حيث إن الرجل متمكن من دفع الضرر عن نفسه بالطلاق؛ لأن الطلاق في يده بخلاف المرأة، وهما سويا بين جانب الرجل وبين جانب المرأة][2] فيما سوى الجبّ والعنّة. -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

---

(١) أثبت من ب و ط

(٢) أثبت من [illegible]

لا تجبر إلا أن لا يكون للولد ذو رحم محرم سوى الأم، فحينئذ تجبر كيلا يفوت حق الولد.
وذكر البقالي في فتاواه مطلقاً أنها لا تجبر، قال: وقد قيل خلافه.

٤١٧٧ - في فتاوى أبي الليث: سئل أبو بكر الإسكاف عمن خلف ابنتين صغيرتين لا زوج (لها) قالت: لا أمسكهما، ولا أمنعهما عن الكون معي في منزلي، فلها ذلك، فإن قالت: لا أمسكهما حتى يكونا في منزلي، فإنها تجبر على أن يكونا معها في المنزل حتى يستغنيا.

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: عليها أن تتعاهدهما كما لو كانت تقدر على النفقة، وهما محتاجان إلى النفقة تجبر على نفقتهما، وكذا إذا كانا محتاجين إلى التعهد.

٤١٧٨ - فإن ماتت الأم، فأم الأم أولى بحضانة الولد وتعهده، وذكر البقالي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أن أم الأب أولى من أم الأم، وبعد أم الأب الحضانة إلى الأخوات، أولاهن الأخت لأب وأم، وبعدها الأخت لأم، وبعدها الأخت لأب، وبعده قال شيخ الإسلام رحمه الله تعالى: اختلفت الروايات، ذكر في بعضها بنت الأخت لأب وأم، ثم بنت الأخت لأم، ثم الخالة [ثم بنات الخالة][1]، ثم الأخت لأب، وذكر في بعضها الأخت لأب بعد الأخت لأم، ثم بنات الأخوات، ثم الخالات وبناتهن، ثم العمات.

وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى: أن بعد الأخت لأم[2] اختلاف الروايات في تقديم الخالات على الأخت لأب، قال في كتاب النكاح: الأخت لأب أولى، وقال في كتاب الطلاق: الخالة أولى، فعلى رواية كتاب النكاح اعتبر القرب، والأخت لأب أقرب، وعلى رواية كتاب الطلاق اعتبر المدلى به، فقال: الأخت لأب تدلي بالأب، والخالة تدلي بالأم، والأم في الحضانة مقدمة على الأب، فمن يدلي بالأم يكون أولى ممن يدلي بالأب.

٤١٧٩ - قال شمس الأئمة: وبعد الأخوات بناتهن، وبعدهن الخالات، وبعدهن بنات الأخ، وبعدهن العمات، والتي لأم في هذه [القرابات أولى من التي لأب والخالات، وبعدهن بناتها أولى][3] من العمة، فأما بنات العم، والخال، والعمة، والخالة، فلا حق لهن في الحضانة، هكذا ذكر القدوري، وذكر البقالي في الفتاوى: وروي أن أولاد العمات والخالات بمنزلتهن، والظاهر خلافه.

---

(١) أثبت من [illegible] و ب.

(٢) وفي ب: الأخت لأب.

(٣) هكذا في [illegible] وفي ب [illegible] أولى من العمة، وكان في الأصل [illegible] العمة أولى من التي لأب، والخالة التي لأب أولى.

٤١٨٠ - قال : ويستوي في حق الحضانة المسلمة والكتابية ، قال الفقيه أبو بكر الرازي : إذا كانت الأم كافرة تعقل الولد ، فإنه يؤخذ منها جارية كان أو غلامًا ؛ لأنه مسلم بإسلام الأب ، وإنما تعلّمه الكفر فلا يؤمن الفتنة إذا ترك عندها .

٤١٨١ - ومن تزوّجت من هؤلاء بزوج ، فإن كان الزوج أجنبيًا ، سقط حقها في الحضانة . وإن كان ذا رحم محرم من الصغير ، لم يسقط حقها في الحضانة ، كالأم إذا تزوّجت بعم الصغير ، وكالجدة إذا تزوّجت بجد الصغير

٤١٨٢ - قال : ومن تزوّجت بأجنبي ثم بانت من زوجها ، عاد حقها في الحضانة ، وتصدّق المرأة أنها لم تزوّج ، أو أنها بانت إذا لم تقر بزوج بعينه . وإذا اجتمعت النساء ولهن أزواج أجانب ، يضعه القاضي حيث يشاء .

٤١٨٣ - ولا حق للأمة [أو لأم الولد][1] في حضانة الولد الحر ، يريد به إذا طلّقها ، وكذا المكاتبة إذا طلّقها زوجها ، ويكون الولد عند مولى الأم ، ولكن لا يفرق بين الولد وبين الأم على ما عرف في موضعه . وإذا أعتق الرجل أم ولده ، أو مات عنها زوجها ، فهي كالحرة في حق الحضانة .

٤١٨٤ - ولا حق للمرتدة في الولد ، وليس لمن سوى الجدتين ، والأم حق في الولد إذا أكل ، أو شرب ، أو لبس وحده ، جارية كانت أو غلامًا .

٤١٨٥ - وإذا بلغ الولد عند واحدة منهن هذا المبلغ ، أو بلغ عند الأم والجدتين ما قلنا ، فالأب أحق بالولد ، ثم بعده الجد أب الأب ، يعتبر الأقرب ، فالأقرب من العصبات .

٤١٨٦ - ولا حق لابن العم في حضانة الجارية ؛ لأنه ليس بمحرم منها ، ويحل له نكاحها ، فلا يؤمن عليها ، وكذلك كل ذي رحم محرم منها ، إذا كان لا يؤمن عليها لفسقه ومجانته ، فلا حق له فيها ، وإن لم يكن للجارية من العصبات إلا ابن العم ، اختار لها القاضي أفضل المواضع ؛ لأن الولاية إليه ، هكذا ذكره القدوري .

٤١٨٧ - وذكر في الأصل : إذا لم يكن للجارية ولي ، وأخوها أو عمها مخوف عليها ، فالقاضي لم يحل بينه وبينها ، ولكن يجعل معها امرأة ثقة ، قال محمد رحمه الله تعالى : وإنما يثبت الحق للعصبات في هذه الصورة إذا كانوا على دين الولد .

قال محمد : كل ذكر من قبل النساء كالأخ من الأم ، والخال ، وأب الأم ، فلا حق لهم في الولد . وعنه أيضًا . أنه يثبت الحق حتى قال : إذا كان لها ابن عم وخال ، فالخال أولى ،

[1] أثبت من [illegible]

وأب الأم أولى من الخال، والأخ لأم.

٤١٨٨ - وإذا اجتمع إخوة في درجة واحدة بأن كان الكل لأب وأم، أو لأب، فأيهم أكثر صلاحاً أولى، وإن استووا في الصلاح، فأكبرهم سناً أولى.

نوع منه:

٤١٨٩ - إذا بلغ الولد رشيداً، فله أن ينفرد بالسكنى، وليس للأب أن يضمه إلى نفسه إلا أن يكون مخوفاً مفسداً، وأما الجارية إذا بلغت، فإن كانت ثيباً، فليس للأولياء حق الضم إلى أنفسهم، ولها أن تنزل حيث شاءت، إلا أن يخاف عليها الفساد، فحينئذ للأولياء حق الضمِّ إلى أنفسهم.

٤١٩٠ - وإن [كانت بكراً، فللأولياء حق الضم وإن كان](1) لا يخاف عليها الفساد إذا كانت حديثة السن، فأما إذا دخلت في السنّ واجتمع لها رأيها [وعقلها](2)، فليس للأولياء حق الضم، ولها أن تنزل حيث أحبّت، حيث لا يتخوّف عليها. وإذا بلغت الجارية وهي بكر يخاف عليها الفساد، وليس لها والد، وأخوها أو عمها مخوف عليها، فالقاضي لم يخل بينه وبينها، بل يضع عندها امرأة ثقة -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

نوع منه:

٤١٩١ - إذا وقعت الفرقة بين الرجل وبين امرأته، فأرادت أن تخرج بالولد عند انقضاء عدّتها إلى مصرها، فإن كان النكاح وقع في مصرها، فلها ذلك، وإن كان النكاح وقع في غير مصرها فليس لها ذلك، إلا أن يكون بين موضع الفرقة وبين مصرها قرب، بحيث لو خرج الأب لمطالعة الولد يمكنه الرجوع إلى منزله قبل الليل، فحينئذ هذا بمنزلة محال مختلفة في مصر، ولها أن تتحول من محلة إلى محلة، وذكر في البرامكة: أن لها أن تخرج بالولد إلى بلدها من غير تفصيل، وهكذا ذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى في شرحه، ولو أرادت أن تنقله حيث وقع النكاح، وليس ذلك بلدها، فليس لها ذلك في رواية الأصل.

٤١٩٢ - وذكر في الجامع الصغير: أن المعتبر مكان النكاح [ولو أرادت أن تنتقل إلى بلد ليس ببلدها، ولم يقع فيه النكاح، فليس لها ذلك، إلا إذا كان بين البلدتين قرب على

(١) ثبت من ظ.

(٢) هكذا في ف و ظ، وكذا في الأصل: عقلها

التفصيل الذي قلنا. وإن كان النكاح في رستاق لها قرى متفرقة، فأرادت أن تنقله إلى قريتها، فإن كان النكاح في قريتها فلها ذلك، وإن لم يكن النكاح في قريتها، فليس لها ذلك، إلا أن تكون القرى قريبة بعضها من بعض على التفسير الذي قلنا، وعلى رواية البرامكة على قياس البلدين، يجب أن يكون لها ذلك من غير تفصيل. وإن أرادت أن تنقله من قرية إلى مصر جامع، وليس ذلك مصرها ولا وقع النكاح فيه، فليس لها ذلك، إلا أن يكون المصر قريبًا من القرية على[2] التفسير الذي قلنا، ولو أرادت أن تنقله من مصر جامع إلى قرية فليس لها ذلك، فإن كانت القرية قريبة إلا أن تكون قريتها، وقد كان أصل النكاح فيها، فحينئذ يكون لها ذلك.

٤١٩٣ - وذكر البقالي: ولا تخرجه من مصر إلى قرية بحال، وليس لها أن تنقله إلى دار الحرب، وإن كان النكاح وقع ثمة. وذكر البقالي في فتاواه: ولها أن تنقله [إلى بعض][3] نواحي المصر، وإن كان الأب لا يمكنه الرجوع من زيارته في يومه إلى وطنه قبل الليل، وكذلك إن كان له جانبان.

٤١٩٤ - وفي "المنتقى": ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل تزوج امرأة بالبصرة، وولدت له ولدًا، ثم إن هذا الرجل أخرج ولده الصغير إلى الكوفة فطلقها، فخاصمته في ولدها، وأرادت رده عليها، قال: إن كان الزوج أخرجه بأمرها فليس عليه أن يرده، ويقال لها: اذهبي فخذيه، وإن كان أخرجه بغير أمرها، فعليه أن يجيء به إليها. وروى عنه: أن الرجل إذا خرج مع المرأة وولدها من البصرة إلى الكوفة، ثم رد المرأة إلى البصرة، ثم طلقها، أن عليه أن يرد ولدها، فيؤخذ بذلك لها - والله سبحانه وتعالى أعلم -.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و ب و ف.

(٢) وفي ف: على التفصيل الذي قلنا، وإن كان النكاح في رستاق لها قرى متفرقة، فأرادت أن تنقله من قرية إلى مصر جامع، وليس ذلك مصريًا، ولا وقع النكاح فيه، فليس لها ذلك، وإن كان القرية قريبة إلا أن تكون قريتها قريبة على التفسير الذي قلنا

(٣) هكذا في ب و ف، وكان في الأصل و ظ: في نواحي المصر

الفصل الخامس والعشرون
في المسائل المتعلقة بنكاح المحلل وما يتصل به
ونكاح الفضولي في الطلاق المضاف والحيل في رفع اليمين في الطلاق المضاف
ونحوه وقضاء القاضي في العجز عن النفقة وأمثالها

٤١٩٥ - فأما المسائل المتعلقة بالمحلل، ذكر في «مجموع النوازل»: المطلقة ثلاثًا إذا زوّجت نفسها من غير كُفْؤ ودخل بها، حلّت للزوج الأول عند أبي حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى، وهذا الجواب عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى مستقيم على ظاهر الرواية. فأما على رواية الحسن عنه لا يستقيم؛ لأنّ [على][1] رواية الحسن عنه إذا زوّجت نفسها من غير كُفْؤ لا يجوز النكاح، ولا بدّ من صحة نكاح الزوج الثاني لتحل للزوج الأول. وجماع الصبي الذي يجامع مثله والمجنون يحلها للزوج الأول، وإذا كانت المطلقة ثلاثًا صغيرة تجامع، فتزوّجها رجل ودخل بها حلت للزوج الأول.

٤١٩٦ - ولو كان الزوج الثاني عبدًا، أو مدبرًا، أو مكاتبًا، زوّجوها بإذن المولى، ودخل بها حلت للزوج الأول؛ لأنه وُجد الدخول في نكاح صحيح، وكذلك لو كان مسلولًا[2] يجامع، ولو كان مجبوبًا لم تحل للزوج الأول، فإن حبلت وولدت، حلت للزوج الأول عند أبي يوسف رحمه الله تعالى، وقال زفر والحسن لا تحل للأول.

٤١٩٧ - ولو كانت النصرانية تحت مسلم طلّقها ثلاثًا، فتزوّجت نصرانيًا ودخل بها، حلت للمسلم الذي طلّقها ثلاثًا؛ لأنه دخول في نكاح صحيح.

٤١٩٨ - وإذا طلّق الرجل امرأته ثلاثًا، فتزوّجت بزوج آخر، وطلّقها الزوج الثاني ثلاثًا قبل الدخول بها، ثم تزوّجت بثالث ودخل بها، حلت للزوجين الأولين، فأيهما تزوّجها صحّ.

٤١٩٩ - ولو وطئها الزوج الثاني في حيض، أو نفاس، أو إحرام حلت للزوج الأول؛

---

(١) وهكذا في باقي النسخ التي اعتمدنا عليها.

(٢) وفي الحجة: المسلول: التي أخرجت خصيتاه.

لإطلاق قوله عليه الصلاة والسلام: «ويذوق عُسيلتك»[1].

٤٢٠٠ - وفي «فتاوى النسفي»: سئل عن الزوج المحلل إن كان عبداً صغيراً لإنسان زوجت نفسها منه، وقبل عنه مولاه، ومثله يجامع، فدخل بها، فوهبه مولاه منها، حتى فسد النكاح واعتدت، هل تحل للزوج الأول بالنكاح؟ قال: نعم، والأولى أن يكون حراً بالغاً، فالجواب عن أصحابنا رحمهم الله تعالى منصوص عليه. وأما الأولوية بما في اشتراط البلوغ؛ فلأن مالكاً يشترط الإنزال، وأما في اشتراط الحرية، فإنه روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن الحرة إذا زوجت نفسها من عبد لا يجوز؛ لعدم الكفاءة، فيتحرز عن خلافهما. وذكر في أول هذا الفصل أيضاً على رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: لو زوجت نفسها من غير كفؤ لا تحل للزوج الأول، فيتحرز عن هذه الرواية أيضاً.

٤٢٠١ - وفي «القدوري»: إذا تزوجت المطلقة ثلاثاً بزوج، وكان من قصدهما التحليل، إلا أنهما لم يشترطا ذلك بقول حتى تحل للزوج الأول [ولو شرطا الإحلال بالقول، وإنه تزوجها ليحلها، فالنكاح صحيح في قول أبي حنيفة وزفر، وتحل للأول ولكن يكره[2] ذلك للأول والثاني. وقال أبو يوسف: النكاح الثاني فاسد ولا تحل، وقال محمد رحمه الله: نكاح الثاني صحيح، ولا تحل للأول][3].

٤٢٠٢ - وفي «الجامع الأصغر»: وقال بعض أشياخنا رحمهم الله تعالى: إذا تزوجها ليحلها على الأول، فهذا الثاني مأجور في ذلك؛ لأنه نوى أن يصل الأول إلى الحلال بما هو مباح، وليس فيه إبطال حق على أحد، ولا إضرار بالغير، والمراد من قوله عليه الصلاة والسلام: «لعن الله المحلل والمحلل له»[4] أن يقول لغيره: أحللت لك ابنتي بكذا، وما أشبهه.

والحكم في الأمة المنكوحة بعد الثنتين نظير الحكم في حق الحرة بعد الثلاث، لا تحل لزوجها ما لم تتزوج بزوج ثاني، ويدخل بها الثاني، ووطء المالك لا يحلها للزوج الأول، ولو

(1) أخرجه البخاري: 5445، ومسلم: 2587، والترمذي: 1037، والنسائي: 3356، وابن ماجه: 1932.

(2) وفي ط: يكره.

(3) ثبت من ط، د، م.

(4) أخرجه ابن الجارود في المنتقى (684) والدارمي في سننه (2258) والهيثمي في مجمع الزوائد (4/267) والبيهقي في الكبرى (13961) وأبو داود في سننه (2076) وابن ماجه في سننه (1934) وابن أبي شيبة في مصنفه (17080) وأبو شجاع في الفردوس بمأثور الخطاب (5164).

اعتراف الزوج لم تحل له بعد ذلك اليمين، وقد ذكرنا بعض هذه المسائل في النوع الثالث من الفصل العشرين.

ومما يتصل بهذه المسائل:

٤٢٠٣ - سئل الإمام نجم الدين عمر النسفي رحمه الله تعالى: عمّن حلف بثلاث تطليقات وظن أنه لم يحنث، واستفت المرأة فأفتيت بوقوع الثلاث، وعلمت أنها لو أخبرت الزوج بذلك أنكر اليمين، هل لها أن تحلل بعد ما فارقها زوجها لسفر أو غيره، وتنقضي عدتها وتعتد من الزوج الثاني. ثم تأمر الأول بعد الإتيان بتجديد النكاح بينهما، ويدخل في قلبها من شبهة؟ قال: أما في القضاء فلا؛ لإنكار الزوج وقوع الطلاق الثلاث ولا بيّنة لها، أما فيما بينه وبين الله تعالى فهو في سعة من ذلك.

قال: وقد وقعت هذه الحادثة في زمان السيد الإمام أبي شجاع رحمه الله تعالى، فسألته عن ذلك بالفتوى، فكتب أنه يجوز، ثم سألته بعد ذلك، فقال: لا يجوز، ولا يطلق لها ذلك. ولعله إنما أجاب بذلك في حق الذي لا يوثق بقولها، فلا يؤمن من أن يكذب طرقًا [في][1] مخالطة من تريده سفاحًا، فيصور ذلك نكاحًا.

٤٢٠٤ - وسئل أبو القاسم رحمه الله تعالى: عن امرأة سمعت من زوجها أنه طلقها ثلاثًا، ولا تقدر أن تمنع نفسها منه، هل يسعها أن تقتله؟ قال: لها أن تقتله في الوقت الذي يريد أن يقربها، ولا تقدر على منعه إلا بالقتل. قال الإمام نجم الدين عمر النسفي رحمه الله تعالى في فتاواه: وهكذا كان فتوى شيخ الإسلام أبي الحسن عطاء بن حمزة، والسيد الإمام الأجل أبي شجاع، وكان القاضي الإمام الإسبيجابي يقول: ليس لها أن تقتله، وكان يستدل بما ذكر محمد رحمه الله تعالى في كتاب الإكراه: أن السلطان إذا أكره المرأة على الزنا فمكنت لا تأثم، بخلاف الرجل إذا كان مكرهًا على الزنا حيث يأثم، وإذا لم تأثم أن توطأ وهي مكرهة، لم تكن مضطرة إلى قتل الزوج.

٤٢٠٥ - قال نجم الدين عمر رحمه الله تعالى: يحكى له جواب السيد الإمام أبي شجاع، يقول لها أن تقتله. فقال: إنه رجل كبير، وله مشايخ أكابر، لا يقول: ما يقول إلا عن صحة، فالاعتماد على قوله. وفي فتاوى محمد بن الوليد السمرقندي في باب مناقب أبي حنيفة رحمه الله تعالى، عن عبد الله بن المبارك عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: أن من

---

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل من

طلق امرأته ثلاثاً، ثم قصدها، فإنها ترده عن نفسها، ولها أن تقتله.

٤٢٠٦ - وفي آخر "كتاب الاستحسان": إذا شهد عند المرأة شاهدان عدلان أن زوجها طلقها ثلاثاً، وهو يجحد ذلك، ثم ماتا أو غابا قبل أن يشهدا عند القاضي، لم يسعها أن تقيم معه وأن تدعه يقربها، فإن حلف الزوج على ذلك والشهود قد ماتوا، فردها القاضي عليه، لا يسعها المقام معه، وينبغي لها أن تفتدي بمالها أو تهرب منه، فإن لم تقدر على ذلك قتلته متى علمت أنه يقربها، لكن ينبغي أن تقتله بالدواء، وليس لها أن تقتل نفسها، وإذا هربت منه لم يسعها أن تعتد، وتتزوج بزوج آخر [قال شمس الأئمة السرخسي في[1] "كتاب الاستحسان": هذا جواب الحكم، فأما فيما بينها وبين الله تعالى إذا هربت فلها أن تعتد، وتتزوج بزوج آخر][2] -والله أعلم-.

٤٢٠٧ - وأما المسائل التي تتعلق بنكاح الفضولي في الطلاق المضاف: إذا حلف الرجل بطلاق امرأة بعينها إن تزوجها، فزوجه رجل تلك المرأة بغير أمره، وأجاز هو قولاً أو فعلاً، أو حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها، فزوجه رجل امرأة بغير أمره، فأجاز هو قولاً أو فعلاً، قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى: إن أجاز بالقول يحنث، وإن أجاز بالفعل لا يحنث. وقال بعضهم: يحنث أجاز بالقول أو بالفعل؛ لأن الإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء من حيث إن العقد بالإجازة يصير نائباً عن المخبر من ذلك الوقت، وفعل النائب كفعل المنوب عنه، فيصير متزوجاً من ذلك الوقت. وقال بعضهم: لا يحنث أجازه بالقول أو بالفعل، وإليه أشار في الزيادات، وهو الأشبه.

ووجه ذلك: إنا لو جعلناه [حانثاً بالإجازة، لجعلناه][3] متزوجاً [من ذلك إياها عند الإجازة؛ لأن شرط الحنث التزوج، ولو صار متزوجاً][4] إياها لصار متزوجاً من وقت مباشرة العقد، فيقع الطلاق من ذلك الوقت، وإذا وقع الطلاق من ذلك الوقت تبين أن الإجازة كانت باطلة، وتبين أن الإجازة كانت بعد وقوع الطلاق وارتفاع النكاح، والإجازة بعد ارتفاع النكاح لا تعمل، وإذا تبين بطلان الإجازة تبين أنه لم يصر متزوجاً إياها، وبدونه لا يقع الطلاق [فتبين

---

(١) وفي "ب" و"ف": في شرح كتاب الاستحسان.

(٢) أثبت من جميع النسخ التي لنا.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

بطلان الطلاق[1]. ومن إيقاع الطلاق ابتداء إبطاله انتهاء، فلا يقع الطلاق ابتداء، ويجعل في حق الطلاق كأن الإجازة لم توجد.

٤٢٠٨ - قال نجم الدين رحمه الله تعالى: وكان جواب عرفته في قوله: كل امرأة أتزوجها، فهو الجواب في قوله: كل امرأة تدخل في نكاحي؛ لأن دخولها في نكاحه لا يكون إلا بالتزوج، وكان ذكر الدخول في نكاحه بمنزلة ذكر التزوج، وصار كأنه قال: كل امرأة أتزوجها، وبتزويج الفضولي لا يصير متزوجًا.

٤٢٠٩ - وهذا بخلاف ما لو قال: كل عبد يدخل في ملكي فهو حرٌّ، فإنه يعتق بعقد الفضولي إذا أجازه؛ لأن ملك اليمين لا يختص بالشراء، بل له أسباب فلا يكون ذكره ذكرًا للشراء، أما ههنا بخلافه. وإذا قال: كل امرأة تصير حلالا لي، فهذا وما لو قال: كل امرأة تدخل في نكاحي سواء.

٤٢١٠ - وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله تعالى أنه قال: وقال بعض الفقهاء: الحيلة في هذه الصورة أن يزوجه فضولي امرأة بغير أمره، وبغير أمرها، ثم يجيز هو النكاح [ثم تجيز المرأة النكاح][2]، فيقع الحنث قبل إجازة المرأة بإجازة الزوج، فإجازتها لا تعمل، فيجددان النكاح بعد ذلك. ويكون هذا نكاحًا جائزًا؛ لأن اليمين انعقد على تزويج واحد، ثم الفعل الذي يقع به الإجازة في نكاح الفضولي، فعل هو مختص بالنكاح، وهو بعث شيء من المهر وإن قل، أما بعث الهدية والعطية لا يكون إجازة؛ لأنه لا يختص بالنكاح بل يكون بطريق آخر، فلا يكون ذلك إجازة النكاح [هكذا حكي عن نجم الدين رحمه الله][3]. فعلى هذا القياس لو بعث إليها شيئًا من النفقة لا يكون إجازة [لأن النفقة لا يختص بالنكاح][4].

٤٢١١ - سئل نجم الدين عمر رحمه الله تعالى عمن قال: كل امرأة أتزوجها أو يتزوجها غيري لأجلي، فهي طالق ثلاثًا؟ فالوجه فيه قال: أن يتزوجها الفضولي لأجله، فيقع الطلاق الثلاث، ولكن لا تحرم عليه؛ لأنها تطلق قبل دخولها في ملك الزوج، فلا تحرم عليه. ألا ترى أن بعد عقد الفضولي لو طلقها الزوج ثلاثًا لا تحرم عليه، وإنما لا تحرم؛ لأن الطلاق إنما

(١) هكذا في "ب" و"ف".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من "ط" و"م" و"ف".

(٣) أثبتناه من "ب" و"ف".

(٤) أثبتناه من "ب" و"ف".

كان هو يعتقد الحل، وقضى القاضي بالحرمة، فعليه أن يتبع قضاء القاضي، وإن حصل الحكم له بأن كان يعتقد الحرمة، وقضى القاضي بالحل، فعليه أن يتبع حكم القاضي في قول محمد رحمه الله تعالى، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: لا يترك رأي نفسه، ولا يلتفت إلى إباحة القاضي فيما يعتقد حرامًا، هكذا وقع في بعض النسخ. وذكر الخصاف في أدب القاضي في هذه الصورة: أن عليه أن يتبع حكم القاضي في ظاهر الرواية، وذكر في غير رواية الأصول: أن على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى[1]: لا يلتفت إلى إباحة القاضي فيما يعتقده حرامًا.

٤٤١٦- وإذا كتب القاضي الحنفي إلى القاضي الشفعوي، في تقليده في هذه الصورة وأمثالها، بأن كان التقليد للحكم ببطلان اليمين، كان جائزًا في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافًا لهما، بناء على مسألة معروفة أن القاضي إذا قضى في فصل مختلف فيه بخلاف[2] رأيه على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ينفذ قضاؤه، وعلى قولهما: لا ينفذ. وإذا كان [من][3] مذهبهما أن قضاءه بخلاف رأي نفسه لا ينفذ، فكذا لا يجوز التقليد للحكم بخلاف رأيه عندهما أيضًا. ولو كان التقليد للحكم برأيه ومقتضى الشرع، كان التقليد صحيحًا في قول الكل.

٤٤١٧- في الجامع الأصغر: قال أبو نصر الدبوسي في الحاكم المحكم: إذا حكم بجواز النكاح بعد الطلاق المضاف، وهو يرى ذلك نفذ حكمه، وجاز النكاح، ولا يقع الطلاق، وقال كثير من مشايخ بلخ: لا يجوز، وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى في شرح أدب القاضي للخصاف: أن حكم الحاكم المحكم فيما عدا الحدود والقصاص من المجتهدات نحو الكنايات، والطلاق [المضاف][4] جائز، هذا هو الظاهر من مذهب أصحابنا رحمهم الله تعالى وهو الصحيح، لكن مشايخنا امتنعوا عن هذه الفتوى، وقالوا: يحتاج إلى حكم الحاكم المقلد كما في الحدود والقصاص؛ كيلا يتجاسر العوام فيه. وسئل الصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله تعالى عن هذا؟ فقال: نقول: لا يحل لأحد أن يفعل هذا، ولا أرخص على هذا. قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى: وقد روي عن أصحابنا ما هو أوسع من

(١) وفي [illegible]: قول أبي حنيفة... إلخ.

(٢) وفي [illegible] بخلاف رأيه.

(٣) هكذا في [illegible]

(٤) هكذا في [illegible].

هذا، وهو أن صاحب الحادثة إذا استفتى فقيهاً عدلاً من أهل الفقه والفتوى، فأفتاه ببطلان اليمين وسعه تقليده وإمساك المرأة المحلوف بطلاقها.

٤٢١٨ - قال: وقد روي عنهم ما هو أوسع من هذا، أن صاحب الحادثة إذا استفتى فقيهاً، فأفتاه ببطلان اليمين وسعه إمساك امرأته. فإن تزوج امرأة أخرى، وكان حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها، واستفتى فقيهاً آخر، فأفتاه بصحة اليمين يفارق الأخرى، ويمسك الأولى عملاً بفتواهما. فإذا قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، فتزوج امرأة وفسخ اليمين عليها، أو قال لامرأة بعينها: إن تزوجتك فأنت طالق، فتزوجها، وفسخ اليمين عليها بطريقه لا يحتاج إلى عقد جديد، والعقد الأول يكفي، هكذا حكي عن شمس الأئمة الحلواني عن أستاذه القاضي الإمام أبي علي النسفي رحمه الله تعالى، وهذا لأن القاضي بالفسخ لا يرفع الطلاق الواقع، إذ لا سبيل إليه، ولكن يبطل اليمين السابق [مقتضاه](١)، ويبين أن الطلاق لم يكن واقعاً. وعلى هذا قلنا: لو كان الزوج وطئها قبل الفسخ، ثم فسخ القاضي اليمين، كان ذلك الوطء حلالاً؛ لأن قضاء القاضي بالفسخ تبين أن اليمين لم تكن منعقدة، وأن الطلاق لم يقع، فتبين أن الوطء كان حلالاً.

٤٢١٩ - وإذا عقد على جميع النسوة يميناً واحدة، بأن قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، فتزوج امرأة وفسخ اليمين عليها، ثم تزوج امرأة أخرى، هل يحتاج إلى الفسخ على المرأة الأخرى؟ وعلى قول محمد رحمه الله تعالى: لا يحتاج، والفسخ على امرأة واحدة فسخ على جميع النساء، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: يحتاج إلى الفسخ على المرأة الأخرى، والصدر الشهيد الأكبر برهان الأئمة، والقاضي الإمام الأجل جمال الدين جدي، والقاضي الإمام عماد الدين، والصدر الشهيد الإمام حسام الدين رحمهم الله تعالى، كانوا يفتون على قول محمد رحمه الله تعالى.

٤٢٢٠ - وأصل المسألة في كتاب المنتقى: إذا قال الرجل: كل عبد أشتريه إلى سنة فهو حر، فاشترى عبداً، وخاصمه إلى القاضي، وألزمه على هذا اليمين، وقضى القاضي بعتقه، ثم اشترى عبداً آخر وخاصمه، قال محمد رحمه الله تعالى: أقضي بعتقه، ولا أكلفه إعادة البينة. قال: من قبل أني قضيت على الحالف بتلك اليمين، والبينة لهما جميعاً، وهو رواية ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى، وروى المعلى عن أبي يوسف: أنه

(١) هكذا في [illegible]، وكان في الأصول [illegible].

يفسخ اليمين على المرأة التي سبقها أربع؛ لأنه لو فسخ عليها، يظهر الفسخ في حق الأربع التي سبقن، فيظهر أن نكاح الأربع وقع صحيحًا، وإذا ظهر أن نكاح الأربع وقع صحيحًا، يظهر بطلان نكاح الخامسة، فلا يكون الفسخ مفيدًا في حق الخامسة.

٤٢٢٦ - وكذلك لا يفسخ اليمين على الأخت الثانية، على قول هذا القائل إذا قال: كل امرأة أتزوجها، فهي طالق ثلاثًا، فتزوج امرأة ووقع الثلاث[1] عليها، ثم إن هذه المرأة تزوجت بزوج آخر، ولم يعلم به الزوج الأول [ثم إن الزوج الأول][2] طلب من المرأة، أن يرفعا الأمر إلى القاضي يعتقد مذهب الشافعي، حتى يفسخ تلك اليمين ويقضي بصحة نكاحها، ففعلا ذلك، وقضى القاضي بفسخ تلك اليمين، وبصحة نكاحها، هل يصح قضاؤه؟ ذكر نجم الدين رحمه الله تعالى في فتاويه: أنه لا يصح، قال: قيام النكاح بين المرأة والزوج الثاني يمنع صحة القضاء بالنكاح للزوج الأول، وسمعت عن الشيخ الإمام الأجل ظهير الدين الحسن بن علي رحمه الله تعالى يقول: إن هذه المسألة على وجهين: إن كان الزوج الثاني غائبًا لا يصح قضاؤه؛ لأن هذا حكم بفساد نكاح الزوج الثاني، والقضاء على الغائب لا يجوز، وإن كان الزوج الثاني حاضرًا يصح قضاؤه، ويبطل النكاح الثاني؛ لأنه لما قضى ببطلان تلك اليمين، ظهر أن الطلاق الثلاث لم يقع، وأن الثاني تزوج بها وهي منكوحة الأول.

٤٢٢٧ - وإذا قال: كل امرأة أتزوجها، فهي طالق ثلاثًا، وتزوج امرأة، وطلقها ثلاثًا، ثم ترافعا إلى القاضي يعتقد مذهب الشافعي، فحكم ببطلان تلك اليمين، هل يصح حكمه؟ فاعلم بأن تلك المسألة اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيها، أكثرهم على أن الزوج إن لم يكن دخل بها حتى طلقها ثلاثًا، لا يصح حكمه؛ لانعدام دعوى صحيحة، لأنه لا يمكن دعوى حقوق النكاح بعد انقطاعه، وههنا انقطع النكاح بلا خلاف عندنا بالطلاق المعلق، وعند الشافعي رحمه الله تعالى بالطلاق المرسل، وبدون الدعوى لا يصح الحكم.

٤٢٢٨ - وإن كان الزوج قد دخل بها بعد النكاح، ثم طلقها ثلاثًا، وادعت هي نفقة العدة الواجبة بالطلاق المرسلة بعد الدخول، والزوج ينكر ذلك، بناء على اعتقاده وقوع الطلاق بالمعلق عقيب النكاح لاعتقاده صحة اليمين، فإذا قضى ببطلان تلك اليمين، ووقوع الطلاق المرسلة، وبنفقة العدة عليه، ينفذ قضاؤه؛ لأن قضاءه [حصل][3] في فصل مجتهد

---

(١) وفي "ظ": وقع الطلاق عليها.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) هكذا في "م" و"ف" و"ب"، وفي "ظ": يحصل، وكذا في الأصل: يحل.

فيه، وقد تقدمه دعوى صحيحة.

٤٢٢٩- وفي فتاوى النسفي: سئل عن حنفي قال: إن تزوجت امرأة فهي طالق ثلاثا، فتزوج امرأة، ثم ترافعا إلى قاضي حنفي، فبعثهما إلى عالم شفعوي المذهب، ليسمع خصومتهما، ويقضي بينهما، وأمره بذلك، وقضى ذلك العالم الشفعوي ببطلان اليمين وصحة النكاح، هل يجوز؟ قال للسائل: هل أخذ القاضي الأول على هذه الحادثة شيئا؟ قال: نعم، قال: إذا أخذ فقضاء الثاني باطل، لأن القاضي إذا أخذ على القضاء مالا فقد عمل لنفسه، فلم يكن قضاء، فلم ينفذ. قيل: أخذ القاضي من صاحب الحادثة أجر مثل الكتابة، هل يصح الحكم من المكتوب[1] إليه؟ قال: نعم، وإن لم يأخذ القاضي هذا القدر من الأجر[2] كان أفضل له. قيل: وهل يحتاج صحة ذلك إلى إجازة القاضي الأول؟ قال: العرف على هذا أنه يرفع إليه، ولكن في الحكم لا حاجة إلى ذلك؛ لأنه قضى بأمره.

٤٢٣٠- وفي مجموع النوازل: سئل شيخ الإسلام أبو الحسن عطاء بن حمزة رحمه الله تعالى عن رجل غاب عن امرأته غيبة منقطعة، وقد كان النكاح بينهما بشهادة الفسقة، هل يجوز للقاضي أن يبعث إلى القاضي الشافعي ليبطل هذا النكاح بهذا السبب؟ قال: نعم، وللقاضي الحنفي أن يفعل ذلك بنفسه، أخذا بهذا المذهب وإن لم يكن هذا مذهبه؛ فقد ذكر في الكتاب أن القاضي إذا قضى بشيء، ثم ظهر أنه قضى بخلاف مذهبه، أنه ينفذ قضاؤه، وقد ذكرنا هذه المسألة من قبل. قال: ويروى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه صلى بالناس الجمعة، ثم أخبر بوجود الفأرة في بئر الحمام، وقد كان اغتسل فيه، وكان ذلك بعد تفرق الناس، فقال: نأخذ بقول إخواننا من أهل المدينة: إن الماء إذا بلغ قلتين لا يحتمل[3] خبثا، ولم يكن مذهبه.

٤٢٣١- وفيه أيضا: سئل شيخ الإسلام رحمه الله تعالى عمن تزوج امرأة بغير ولي، فطلقها ثلاثا بعد ما وطئها، ثم تزوجها ثانيا بتزويج الولي، ورفعا إلى القاضي -يعني القاضي الحنفي- وقضى القاضي بأن النكاح الأول لم يصح لعدم الولي، وإن الطلقات الثلاث لم تقع، وإن النكاح الثاني بتزويج الولي قد صح، هل يصح قضاء القاضي على هذا الوجه؟ قال: لا أدري ذلك؛ لأن محمدا رحمه الله تعالى هو الذي يشترط الولي، ثم يقول هو في

(١) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: المحكوم.

(٢) هكذا في "ب" و"ظ".

(٣) وفي "ظ": يحمل.

الكتاب: لو طلقها ثلاثاً، ثم أراد أن يتزوجها فأبى أكره له ذلك، وفيه نظر؛ لأن الشافعي فيه مخالف، فإنه لا يقول بانعقاد النكاح بدون الولي؛ فيكون قضاء القاضي في فصل مجتهد فيه، ولكن على خلاف رأي القاضي وإنه صحيح على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى على ما مرّ.

٤٢٣٢ – قيل له: فإن كتب القاضي الحنفي بذلك إلى عالم شفعوي، لا يرى انعقاد النكاح بدون الولي، حتى يعقد فيما بينهما، ثم يقضي القاضي بذلك، قال: إن أخذ القاضي الكاتب أو المكتوب إليه مالاً من المقضي له لا يسع ذلك، فقد مرّ قبل هذا، قيل له: إن لم يأخذ بذلك شيئاً، وقضى المكتوب إليه بذلك هل يصح قضاءه؟ قال: نعم، قيل له: وهل يظهر بهذا القضاء أن الوطء في النكاح الأول كان حراماً، أو فيه شبهة، وإن كان بينهما ولد هل يكون فيه خبث؟ قال: لا؛ لأنهما حنفيان يعتقدان صحة هذا[1] النكاح، وقضاء هذا القاضي كان في حق إبطال الطلقات الثلاث، فلا يتعدى عنها إلى حكم آخر.

٤٢٣٣ – وفيه أيضاً: وسئل شيخ الإسلام رحمه الله تعالى عمّن غاب عن امرأته غيبة منقطعة، ولم يخلف نفقتها، فرفعت الأمر إلى القاضي، فكتب القاضي إلى [حاكم][2] يرى التفريق بالعجز عن النفقة فيفرق بينهما، هل يصح؟ قال: نعم إذا تحقق العجز، قيل: فإن كان للزوج هنا عقار أو متاع وأملاك، هل يتحقق العجز؟ قال: نعم إذا لم يكن من جنس النفقة؛ لأن بيع هذه الأشياء للنفقة لا يجوز؛ لأنه يكون قضاء على الغائب، هكذا نقل عنه.

وفيه نظر، والصحيح أنه لا يصح قضاؤه؛ إذ العجز لا يعرف حالة الغيبة؛ لجواز أن يكون في يديه مال، وهو يقدر على أن يبعث إليها بنفقتها ولا يبعث، فيكون هذا ترك الإنفاق، لا العجز [عن][3] الإنفاق، وترك الإنفاق من الحاضر لا يوجب التفريق بالاتفاق، فمن الغائب أولى، فلم يكن قضاؤه في المجتهد فلا ينفذ. فإن رفع قضاؤه [إلى قاضي حنفي فأجاز قضاءه][4]، هل ينفذ ذلك القضاء؟ الصحيح أنه لا ينفذ؛ لأن هذا الفصل ليس بمجتهد؛ لما ذكرنا أن العجز لم يثبت. والله أعلم.

---

(١) وفي باقي النسخ التي عندنا "ذلك".

(٢) هكذا في "ب" و"ف"، وكان في الأصل و"ظ": "عالم".

(٣) هكذا في باقي النسخ التي اعتمدنا عليها، وكان في الأصل: "على".

(٤) أثبت من النسخ التي عندنا.

الفصل السادس والعشرون في المتفرقات

٤٢٣٤- في المنتقى: عن محمد رحمه الله تعالى: ليس للرجل أن يزوج أمة ابنه الصغيرة من عبد ابنه الصغير. وفي نوادر بشر[1] عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: الوصي يزوج أمة اليتيم من عبد اليتيم، وكذلك الأب.

٤٢٣٥- ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: تزوج امرأة على الألف التي له على فلان، فالنكاح جائز، فإن شاءت أخذت الزوج بالألف، وإن شاءت أخذت فلانًا، وتأخذ الزوج حتى يوكلها بقبضها منه.

٤٢٣٦- وعنه أيضًا: إذا قال لامرأة: تزوجتك على الألف التي لي على فلان إلى سنة، ورضيت بذلك، فإنها تأخذ زوجها بالألف وتأخذه إلى سنة.

٤٢٣٧- إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: إذا قال الرجل لغيره: زوجتك أمتي هذه وبعتك عبدي هذا بألف درهم، فقال: قد قبلت، بطل البيع ولا أبطل النكاح، فهو باطل.

٤٢٣٨- رجل قال لامرأة معتدة الغير، وقال: أنفق عليك ما دمت في العدة، على أن تزوجي نفسك مني إذا انقضت عدتك، ورضيت به المرأة، فأنفق عليها حتى انقضت عدتها، كان له أن يرجع عليها بما أنفق، زوجت نفسها منه أو لم تتزوج. في [illegible] الله تعالى: لأنها رشوة معنى، والسبيل في الرشوة الرد. ويحكى عن بعض المشايخ رحمهم الله تعالى أن الزوج إنما يرجع إذا شرط الرجوع عند الإنفاق، بأن قال: أنفق عليك شرط أن تزوجي نفسك مني، فإن لم تفعلي أرجع عليك بما أنفق، أما بدون شرط الرجوع لا يكون له حق الرجوع، والأول أصح. هذا إذا أنفق عليها بشرط أن تزوج نفسها، فأما إذا أنفق عليها من غير هذا الشرط، ولكن علم عرفًا أنه ينفق بشرط أن تزوج نفسها منه، إذا زوجت نفسها منه لا يرجع عليها بما أنفق، شرط التزوج أو الرجوع عند الإنفاق أو لم يشترط، وإذا لم تزوج نفسها منه اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، منهم من قال: يرجع على قياس ما ذكره الفضلي؛ لأن المعروف كالمشروط، وهو الأشبه عندنا. قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى: الصحيح أنه لا يرجع؛ لأنه أنفق على طمع التزوج لا على شرط التزوج[2]، فلا يكون في معنى الرشوة.

(١) وفي نسخة: عاصم مكان بشر.

(٢) [illegible]

٤٢٣٩ - ومن هذا الجنس: إذا قال الرجل: اعمل معي في كرمي في هذه السنة حتى أزوّجك ابنتي، فعمل معه السنة كلها، ثم بدا للأب أن يزوّج ابنته منه، هل يجب للعامل عليه أجر مثل عمله؟ وقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه [بعضهم قالوا: لا يجب][1]، وبعضهم قالوا: يجب، وهو الأشبه، وكذلك اختلفوا فيه إذا عمل العامل ابتداء من غير أمر الأب إياه بالعمل بشرط التزوّج، ولكن علم أنه إنما يعمل معه طمعًا في التزوّج. وعلى هذا إذا قال الرجل: اعمل معي في كرمي حتى أعمل في حقلك كذا وكذا، ثم أبى أن يفعل.

٤٢٤٠ - إذا تزوّج امرأتين على ألف درهم، وإحداهما لا تحل له بأن كانت ذات زوج، أو معتدة من الزوج، أو محرّمة عليه برضاع أو مصاهرة، فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى الألف كلها مهر التي تحل له، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يقسم الألف على مهر مثلهما، فمهر التي تحل له حصتها من ذلك.

فهما احتجا على أبي حنيفة رحمه الله تعالى بفصلين: أحدهما: أنّا أجمعنا على أنه لو دخل بالتي لا تحل له يلزمه مهر مثلها، ولا يجاوز به حصتها من الألف، والمسألة مذكورة في "الزيادات"، وهذا يدلك على اعتبار انقسام المهر. والثاني: أنه لا يلزمه الحد بوطء التي لا تحل له مع العلم، وهذا يدلّ على دخولها تحت العقد، ومن ضرورة دخولها تحت العقد انقسام البدل المسمّى.

وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: انقسام المهر من حكم المعاوضة والمساواة في الدخول تحت العقد، والحرمة لم تدخل تحت العقد؛ لأنها ليست محل لعقد النكاح.

[بيانه: أنّ النكاح مختص بمحل الحل، فإنّ موجبه ملك الحل، وبين الحل والحرمة تنافٍ، وأما إذا دخل بالتي لا تحل له ذكر في نكاح][2] الأصل: أنّ لها مهر مثلها مطلقًا، وهو الأصح على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وما ذكر في "الزيادات" قولهما، وبعد التسليم نقول: المنع من المجاوزة بمجرد التسمية، ورضاها بالقدر المسمّى لانعقاد المنع، وذلك موجود في حق التي لا تحل له، فأما الانقسام باعتبار المعاوضة في الدخول تحت العقد، والتي لا تحل له هي مختصة بالدخول تحت العقد. وأما فصل سقوط الحد فلنا: سقوط الحد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأجل صورة العقد، لا لأجل انعقاده، وقد وجد صورة العقد في حق التي لا تحل له، وأما انقسام البدل من حكم انعقاد العقد.

---

(1) أثبت من "ب" و"ظ" و"م".

(2) أثبت من النسخ التي عندنا.

٤٢٤١ - وفي المنتقى: إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: رجل تزوج امرأة على خمسة دراهم، ووصيفة من الحنطة على كرٍّ يساوي خمسين درهماً، ثم طلقها قبل الدخول بها، فهي بالخيار إن شاءت أمسكت الكرّ ولا شيء لها غير ذلك، وإن شاءت ردّت نصفه ورجعت عليه بدرهمين ونصف.

٤٢٤٢ - في فتاوى أبي الليث: رجل زوّج ابنته الصغيرة من ابن كبير لرجل بغير إذنه فخاطب عنه أبوه، ثم مات أب الصغيرة قبل أن يجيز الابن النكاح، بطل النكاح؛ لأن لأب الصغيرة أن يفسخ هذا النكاح، لأنه في هذا النكاح قائم مقام الصغيرة، والصغيرة لو كانت كبيرة، فزوّجت نفسها من ابن كبير لرجل بغير إذنه فخاطب عنه أبوه، كان لها أن تفسخ النكاح قبل إجازة الابن، فكذا الأب الذي هو قائم مقامها، وإذا كان للأب ولاية الفسخ، جعل موته بمنزلة رجوعه، ولو كان مكان الصغيرة كبيرة زوّجها بغير إذنها، وباقي المسألة بحالها لا يبطل النكاح بموت الأب؛ لأن الأب لو أراد أن ينقض نكاحها لا يملك، لأنه بمنزلة الفضولي.

٤٢٤٣ - وذكر ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: في رجل زوّج بنتاً له صغيرة من رجل غائب، ثم مات الأب وبلغ الزوج النكاح، فأجاز ذلك، فهو جائز في قولي، فهو نص أن بموت الأب لا يبطل نكاح الصغيرة، فيكون هذه الرواية مخالفة لما ذكره أبو الليث في فتاواه. ثم فصل الكبيرة دليل على أن بقاء الفضولي في باب النكاح ليس بشرط لصحة الإجازة، والبيع في هذا يخالف النكاح، ألا ترى أن العاقد الفضولي لو قال: رجعت قبل قبول الآخر، عمل رجوعه في البيع، ولا يعمل رجوعه في النكاح؛ وهذا لأن حقوق العقد في البيع يرجع إلى العاقد، وفي النكاح لا يرجع إليه.

٤٢٤٤ - سئل نصير رحمه الله تعالى عن امرأة قالت لرجل: زوّجتك نفسي على ألف درهم، فقال الزوج: قبلت النكاح بألفين؟ قال: يجوز النكاح في قول محمد رحمه الله تعالى، فإن قالت المرأة قبل أن يتفرقا: قبلت الألفين، فعلى الزوج ألفان، وإن تفرقا من غير قبول، جاز النكاح على الألف ولا يلزمه الزيادة، وقال شدّاد: لا يثبت النكاح، وبه قال زفر.

٤٢٤٥ - ولو قال رجل لامرأة: تزوجتك على ألف، فقالت المرأة: قبلت النكاح على خمسمائة، قال محمد رحمه الله تعالى: جاز النكاح، ولها خمسمائة، لأنها حطّت البعض عن هذا الزوج، وقال شدّاد: لا يثبت، وبه قال زفر، وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: وهذا مثل ما قالوا: في رجل وكّل رجلاً بأن يبيع عبده بألف درهم فباعه بألفين، يجوز في قول علمائنا الثلاثة، وفي قول زفر رحمه الله تعالى لا يجوز، وكذا في الشراء.

لأن هناك الزوج بالإمهار صار مستقرضاً الجارية منه، فيلزمه قيمتها عند الصرف إلى قضاء دين نفسه، وبخلاف الوكيل بالشراء إذا نقد الثمن من مال نفسه، فإنه يرجع على الموكّل وإن لم يأمره الموكّل بالنقد من مال نفسه؛ لأن العهدة في باب الشراء ترجع إلى المأمور، فلم يصر بالقضاء متبرعاً.

٤٢٥١- فإن استحقت الحرة الأمة، ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها، لا يفسد نكاح الأمة؛ لأنها تعود إلى ملك المولى ههنا، لا إلى ملك الزوج؛ لأن المولى قضى دين الزوج متبرعاً. ومن قضى دين غيره متبرعاً في عقود المعاوضات، ثم انفسخ ذلك العقد بوجه من الوجوه، عاد المقضي به إلى ملك القاضي بخلاف ما تقدم؛ لأن هناك قضاء الدين حصل بأمر الزوج، ألا ترى أن من قضى الثمن عن الغير متطوعاً، ثم انفسخ البيع يعود الثمن إلى ملك القاضي، ولو قضى بأمر المشتري يعود إلى ملك المشتري، كذا ههنا.

٤٢٥٢- في "مجموع النوازل": امرأة أرضعت صبيين، أحدهما كافر والآخر مسلم، واشتبها عليها وعلى الوالدين، ولا يعرف الكافر من المسلم. فهما مسلمان ولا يرثان من أبويهما. أما هما مسلمان؛ لأن الغلبة للإسلام؛ وأما لا يرثان من أبويهما، فلمكان الشك فيه أيضاً.

٤٢٥٣- سئل عن السكران: إذا زوج ابنته بأقل من مهر مثلها، قال: لا يجوز بلا خلاف، بخلاف الصاحي [على قول أبي حنيفة]. والفرق أن أبا حنيفة إنما جوز ذلك من الصاحي[1]؛ لأنه ذو[2] شفقة كاملة ورأي كامل، فالظاهر أنه تأمل غاية التأمل، ورأى في نقصان مهرها منفعة تربو عليه، وهذا المعنى لا يتأتى في السكران، إذ ليس له رأي كامل تقف به على النافع والضار.

٤٢٥٤- سئل الإمام الزاهد أبو الحسن الرستغفني رحمه الله تعالى عن المناكحة بين أهل السنة والجماعة، وبين أهل الاعتزال؟ فقال: لا يجوز؛ لأنهم عندنا كفار، لأن من مذهبهم أن من يعتقد غير مذهب الاعتزال فهو ليس بمسلم.

٤٢٥٥- امرأة زوجت نفسها بمهر مثل أمها، والزوج لا يعلم قدر مهر أمها، فالنكاح جائز بمقدار[3] مهر أمها، ولو طلقها الزوج قبل الدخول بها فلها نصف ذلك، وللزوج الخيار إذا

(١) ثبت من جميع النسخ الموجودة عندنا.

(٢) وفي "م": لأن له شفقة كاملة.

(٣) وفي باقي النسخ التي عندنا: مقدار مهر أمها.

علم مقدار مهرها، كما لو اشترى شيئاً بوزن هذا الحجر ذهباً، ثم علم بوزنه، ولا خيار للمرأة والبيع نظير النكاح، كما لو باع بما باع فلان جاز؛ لأنّ الوقوف بما باع فلان ممكن، بخلاف ما لو باع بما يبيع الناس؛ لأنّ الوقوف عليه غير ممكن.

٤٢٥٦ - في "مجموع النوازل": سئل شيخ الإسلام رحمه الله تعالى: في رجل يدّعي على امرأة أنها منكوحته وحلاله، وهي تقول: كنت امرأته وقد طلّقني، وانقضت عدّتي، وتزوّجت بهذا الرجل[1] الثاني، والثاني يدّعي ذلك، ولم يقم المدّعي بيّنة على دعواه، فتوسّط المتوسّطون بين المدّعي وبين هذه المرأة حتى اختلعت من المدّعي بمال واعتدّت، هل تحلّ لهذا الرجل الثاني، والثاني يدّعي ذلك من غير تجديد العقد؟

قال: لا حاجة إلى الاعتداد وإلى تجديد العقد، ولا صحة لهذا الخلع؛ لأنّ نكاح المدّعي لم يثبت، فكيف يصح الخلع معه؟ وإقدام المرأة على الاختلاع إن جعل إقراراً منها بنكاح المدّعي دلالة، إلا أنّ إقرارها بالنكاح في حق الزوج الثاني [غير عامل، لو أقرّت صريحاً فكيف إذا أقرت دلالة. فلم يثبت نكاح المدّعي، ولم يصح الخلع معه، ولم تجب الاعتداد، وبقي النكاح الثاني][2] صحيحاً.

٤٢٥٧ - كما كان ادعاء زيد وعمرو نكاح امرأة، فأقرّت المرأة لزيد، وقضى القاضي بالمرأة لزيد بحكم إقرارها، فقال القاضي للمرأة بعد ذلك: كان زوجك القديم عمرو، ولك منه أولاد، ثم أقررت بالنكاح لزيد، فكيف الحال؟ فقالت: بلى كان زوجي القديم عمرو، إلا أنه طلّقني وانقضت عدّتي، وتزوّجت زيداً بعد انقضاء عدّتي، وأنكر عمرو طلاقها، فإن كان للقاضي علم أنّ هذه المرأة كانت امرأة عمرو، ولها منه أولاد، لا يسلمها إلى زيد. وكذلك لو أنّ القاضي سأل منها حين ادّعيا نكاحها بهذا السؤال، قبل إقرارها بالنكاح لزيد، وأجابت على نحو ما بيّنا، وأقرّت بالنكاح لزيد، فالقاضي لا يقضي بالنكاح لزيد ما لم يثبت زيد طلاق عمرو.

٤٢٥٨ - وإذا زوّج الرجل أخته، ثم قال لها وقت الزفاف: هل أجزت ما فعلت؟ فقالت: أجزت، وقد كان الأخ[3] باع أملاكها، فقالت الأخت: ما علمت ببيع الأملاك وما أردت بقولي: أجزت، فالقول قولها، وينصرف قولها: أجزت إلى ترتيب الزفاف.

---

(١) وفي "ب": الزوج الثاني.

(٢) أثبت من جميع النسخ التي اعتمدنا عليها.

(٣) وفي "ب": كان الزوج.

٤٢٥٩ - زوّج ابنه البالغ امرأة، فذهب الابن إلى بيت الصهر، وسكن معهم، فإذا سئل أين تسكن؟ يقول: في بيت صهري، فهذا منه إجازة النكاح، كذا حكي عن شمس الأئمة الأوزجندي رحمه الله تعالى.

٤٢٦٠ - صبي عاقل تزوّج امرأة وغاب، وتزوّجت امرأة بآخر، فحضر الصبي، وقد بلغ، وأجاز النكاح الذي باشره في حال صغره، ينظر إن كانت المرأة قد تزوّجت بآخر قبل بلوغ الصبي وإجازته، صح النكاح الثاني، ويكون إقدامها على النكاح الثاني فسخاً للنكاح الأول، وإن كانت قد تزوّجت بآخر بعد إجازة الصبي وبلوغه، إن كان النكاح من الصبي بمهر المثل، أو أكثر مقدار ما يتغابن الناس فيه، لا يصح النكاح الثاني؛ لأنّ نكاح الصبي في هذه الصورة قد انعقد، وعمل إجازته بعد البلوغ، وصارت المرأة امرأة الصبي، فلا يصح نكاحها مع الثاني.

٤٢٦١ - وإن كان نكحها بأكثر من مهر المثل، مقدار ما لا يتغابن الناس فيه، فإن كان للصغير أب أو جد، فكذلك؛ لأنّ نكاحه قد انعقد، لأنّ له مجيزاً، وهو الأب أو الجد، لأنهما يملكان مباشرة هذا العقد على الصغير فيملكان إجازته، وهذا الجواب إنما يستقيم على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى على ما عرف، وإن لم يكن للصغير أب أو جد، فنكاحها مع الثاني صحيح؛ لأنّ نكاح الصبي في هذه الصورة لم ينعقد؛ لأنه لا مجيز له، فيجوز نكاحها مع الثاني.

٤٢٦٢ - في فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: في مجموع النوازل: امرأة وهبت مهرها لزوجها، ثم ماتت بعد مدّة، فطلبت ورثتها مهرها من زوجها، وقالوا: كانت وهبتها المهر في مرض موتها [فلم يصح][1]، وقال الزوج: لا، بل كانت الهبة في الصحة، فالقول قول الزوج؛ لأنهم يدّعون عليه الدَّين وهو منكر.

وفي المسألة نوع إشكال؛ لأنّ المهر كان ثابتاً، والزوج يدّعي السقوط، وهم ينكرون ذلك، والجواب: بل المهر كان ثابتاً، لكن حقّاً للمرأة لا حقّاً للورثة، فهم يدّعون الاستحقاق لأنفسهم، لم يعرف[2] هذا الاستحقاق لهم والزوج ينكر، فكان القول قوله.

٤٢٦٣ - فيه أيضاً[3]: تزوّج امرأة بألف درهم، ومهر مثلها ألف، ولم يعلم الأولياء،

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) وفي ف: يعرفون.

(٣) وفي ب و ف و م: وفيه أيضاً.

من ابنه الصغير لايجوز؛ لأنّ من زعم المزوّج[1] الأول أنّ أمّ البنت زوجته، والابنة ولدت على فراشه، فهي ابنته بزعمه، فلا يجوز له أن يزوّجها من ابنه، فأما إذا كبر الابن وأراد أن يتزوّج الابنة بنفسه، من غير تزويج الأب يجوز؛ لأنّ زعم الأب لا يعتبر في حقه.

والصحيح من الجواب: أنّ الابن بعد ما كبر إن صدّق الأب في دعواه، لايجوز له أن يتزوّج بالابنة، وإن لم يصدّقه فله أن يزوّجه؛ لأنه لما صدّقه، فقد زعم أنّ الابنة ولد أبيه، وزعم الأب إن كان لا يعتبر في حق الابن، فزعم الابن يعتبر في حقه.

٤٢٦٧ - إذا لقّنت المرأة بالعربية حتى قالت: زوّجت نفسي من فلان، وفلان حاضر فقبل، وكان ذلك بمحضر من الشهود، إلا أنّ المرأة لم تعرف أنّ هذا تزويج، والشهود يعلمون أنه تزويج، فقد قيل بأنّ النكاح ينعقد، وهذا القائل يقيس النكاح على الطلاق، فإنّ الرجل[2] إذا قال لامرأته: أنت طالق وهو لا يعرف أنّ هذا تطليق، أو قال لعبده: أنت حرّ وهو لا يعلم أنّ هذا تحرير، يقع الطلاق والعتق، وقيل: إنه لا ينعقد النكاح؛ لأنّ النكاح معاوضة وتمليك، وفي المعاوضة والتمليك يشترط علم المتعاقدين بمعناه، كما في البيع والإجارة وغير ذلك.

٤٢٦٨ - زوّج ابنه البالغ امرأة بغير أمره ومات الابن، واختلف الأب والمرأة بعد ذلك، فقال الأب: مات الابن قبل أن يجيز، وقالت المرأة: لا، بل مات بعد الإجازة، فالقول قول الأب، والبيّنة بيّنة المرأة.

٤٢٦٩ - الولي إذا زوّج موليّته فردّت النكاح، فقال الزوج والولي: إنها صغيرة وردّها باطل، وقالت هي: أنا كبيرة وردّي صحيح، فإن كانت مراهقة، فالقول قولها؛ لأنها أخبرت عما يحتمل ثبوته.

٤٢٧٠ - إذا ادّعى رجل على امرأة أنّ وليّها زوّجها منه في حالة صغرها، وأقام على ذلك بيّنة، وأقامت المرأة بيّنة أنّ الولي زوّجها منه بعد البلوغ بغير رضاها، فالبيّنة بيّنة المرأة؛ لأنها تثبت أمرًا حادثًا وهو البلوغ، وإذا لم يكن لها بيّنة فالقول قول المرأة؛ لأنها تنكر الملك، وقيل: يجب أن يكون القول قول الزوج؛ لأنّ البلوغ حادث، فيحال بحدوثه على أقرب الأوقات، وهو ما بعد النكاح، ولكن الأول أصح؛ لأنّ البلوغ كما هو حادث، فالنكاح أيضًا حادث، فيحال بحدوثه على أقرب الأوقات، وهو ما بعد النكاح، فتعارض الحادثان بقيت

(١) وفي "ب": الزوج.

(٢) وفي "ظ": الزوج.

المرأة منكرة الملك، فكان القول قولها.

٤٢٧١ - وكذلك البيع على هذا[1] القياس، إذا باع الرجل مال ولده، ثم وقع الاختلاف بين الابن وبين المشتري، فقال الابن: البيع كان بعد البلوغ [وقال المشتري: لا، بل كان قبل البلوغ][2]، فالبينة بينة المشتري، والقول قول الابن؛ لأنه ينكر التمليك عليه.

٤٢٧٢ - ادّعى على امرأة نكاحاً، وقال: هذه امرأتي وهي في يدي، وأقام بينة على ذلك، ورجل آخر أقام البينة أنها امرأته وهي في يد الثاني معاينة، فقضي بالمرأة للثاني؛ لأن له يداً معاينة، وللآخر يد مشهود بها، والمعاينة أقوى من الخبر. ولو أقام الأول بينة على أنها امرأته، وفي يديه، وأنه تزوّجها، وأقام الثاني بينة أنها امرأته وفي يديه، ولا يدرى أن المرأة في يد من؟ فالمرأة للأول؛ لأن كل واحد منهما أثبت أنها امرأته وفي يده، وتفرد الأول بإثبات العقد. وعلى قياس ما ذكرنا قبل هذا أن دعوى الرجل أن هذه امرأته دعوى النكاح، يجب أن يتهاتر البيّنتان؛ لأنهما استويا في الإثبات، وهو الأشبه.

٤٢٧٣ - في «فتاوى النسفي»: سئل شيخ الإسلام رحمه الله تعالى عن امرأة نُعي إليها زوجها، ففعلت من رسم الميت ما يفعل أهل المصيبة من إقامة رسم التعزية، واعتدّت وتزوّجت بزوج آخر، ثم جاء آخر وأخبرها أن زوجها حيّ، وأني رأيته في بلد كذا؛ كيف جاز نكاحها مع الثاني، وهل يسعها أن تقيم معه؟ قال: إن صدقت المخبر الأول، لا يمكنها تصديق المخبر الثاني، ولا يبطل النكاح الثاني، ويسعها المقام معه، وقيل: إن كان المخبر الأول عدلاً، وكان أكبر رأيها أنه صادق فيما أخبر، لا يفرق بينها وبين الثاني.

٤٢٧٤ - وفي «مجموع النوازل»: رجل طلق امرأته ثلاثاً، وانقضت عدّتها، وتزوّجت بعبد بغير إذن سيده ودخل بها، ثم أجاز السيد النكاح، فلم يطأها بعد ذلك حتى طلقها، فإنها لا تحل للزوج الأول حتى يطأها بعد الإجازة.

٤٢٧٥ - وفيه أيضاً: أمة زوّجت نفسها بغير إذن مولاها على عشرة دراهم، ومهر مثلها مائة درهم، فوطئها الزوج، فإن أجاز المولى النكاح، لم يكن إلا عشرة دراهم، وإن لم يجز أخذ مهر مثلها. وإن أجاز المولى النكاح، ثم طلقها قبل الدخول بها بعد الإجازة، فإن ذلك الوطء كأنه بعد الإجازة، وإن لم يجز النكاح، ولكن أعتق الأمة، وهو يعلم بالنكاح أو لم يعلم؛ جاز النكاح والمهر للمولى.

(١) في «ب»: وكذلك البيع على هذا النكاح على هذا القياس.

(٢) [illegible] و«م».

٤٢٧٦ - وفيه أيضاً: عبد تزوّج امرأة على رقبته بغير إذن سيده، فقال السيد: أجيز النكاح ولا أجيز على رقبته، فالنكاح جائز، ولها الأقل من مهر مثلها، ومن قيمة العبد يباع فيه.

٤٢٧٧ - وفيه أيضاً: رجل قال لآخر: زوّجني امرأة على مائة درهم، فزوّجه امرأة على ألف درهم ودخل بها، ومهر مثلها ألف درهم، فلها ألف درهم؛ لأنها رضيت بالألف.

٤٢٧٨ - ولو أن امرأة قالت لرجل: زوّجني على ألف درهم، فزوّجها على مائة درهم ودخل بها، ومهر مثلها ألفا درهم، فلها ألف درهم؛ لأن الوكيل لم يزوّجها على ما رضيت به.

٤٢٧٩ - ادّعى على امرأة أن هذه امرأته، تزوّجها في غرة كذا شهر، وأقام على ذلك بيّنة، وأقامت المرأة بيّنة أنه أقرّ بعد هذا التاريخ بثلاثة أشهر أنها حرام عليه، وأنها ليست بامرأته إقراراً صحيحاً، فهذا دفع صحيح حتى يحلف بالله ما أردت به الطلاق، فإن نكل تندفع الخصومة عن المرأة -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

تم كتاب النكاح من المحيط، ويتلوه كتاب النفقة

كتاب النفقة

هذا الكتاب يشتمل على خمسة فصول

الفصل الأول : في بيان من يستحق النفقة من الزوجات ومن لا يستحق

الفصل الثاني : في نفقة المطلقات

الفصل الثالث : في نفقة ذوي الأرحام

الفصل الرابع : في نفقات أهل الكفر

الفصل الخامس : في نفقات المماليك، وفيه أنواع. منها في بيان استحقاق نفقة المماليك.

بسم الله الرحمن الرحيم

الأصل في نفقة الزوجات قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾[1]، وفي قراءة ابن مسعود رضي الله عنه: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُمْ وَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ﴾، وقراءته لا بد وأن تكون مسموعة عن رسول الله ﷺ فدلّ ذلك على وجوب النفقة، وقال النبي عليه الصلاة والسلام: «أوصيكم بالنساء خيرًا» - إلى أن قال - «فإنّ لهنّ عليكم نفقتهنّ وكسوتهنّ بالمعروف»[2]، وقال عليه الصلاة والسلام لهند امرأة أبي سفيان: «خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف»[3].

والمعنى فيه: أنّ المرأة محبوسة عند الزوج لمنفعة تعود على الزوج فيكون كفايتها من مال الزوج، كالقاضي لما حبس نفسه لعمل المسلمين كانت نفقته في بيت مال المسلمين، وكعامل الصدقات لما حبس نفسه لعمل المساكين استوجب كفايته في مالهم، كذا هنا.

---

(١) الطلاق: ٦.

(٢) أخرج معنى الحديث الترمذي: ١٠٨٣، وابن ماجه: ١٨٤١.

(٣) أخرجه البخاري: ٤٩٤٥، ومسلم: ٣٢٣٣، والنسائي: ٥٣٢٥، وأبو داود: ٣٠٦٥، وابن ماجه: ٢٢٨٤.

الفصل الأول

في بيان من يستحق النفقة من الزوجات ومن لا يستحق

٤٣٨٠ - وهو يشتمل على أنواع: نوع منه: قال: وإذا تزوج الرجل امرأة كبيرة، وهي تطلب النفقة وهي في بيت الأب بعد، فلها ذلك إذا لم يكن يطالبها الزوج بالنقلة؛ لأن النفقة مستحقة لها على الزوج بما ذكرنا من الدلائل، وكل واحد يتمكن من المطالبة بحقه، وهذا لأن النفقة حق المرأة، والانتقال حق الزوج، فإذا لم يطالبها بالنقلة فقد ترك حقه، وهذا لا يوجب بطلان حقها. وقال بعض المتأخرين من أئمة بلخ: لا تستحق النفقة إذا لم تزف إلى بيت زوجها، والفتوى على جواب الكتاب(١).

٤٣٨١ - فإن كان الزوج قد طالبها بالنقلة، فإن لم تمتنع عن الانتقال إلى بيت الزوج، فلها النفقة أيضاً، وأما إذا امتنعت عن الانتقال فإن كان الامتناع بحق، بأن امتنعت لتستوفي مهرها، فلها النفقة؛ لأن إيفاء المهر واجب على الزوج، ولها حق حبس نفسها عن الزوج إلى أن تستوفي المهر، فإذا حبست نفسها بسبب منعه مهرها، فيكون فوات الاحتباس مضافاً إلى الزوج، فلا يسقط حقها في النفقة، كالفرقة إذا جاءت من قبل الزوج قبل الدخول بها، لا يسقط حقها عن المهر، كذا هنا.

٤٣٨٢ - فأما إذا كان الامتناع بغير حق، بأن كان أوفاها المهر، أو كان المهر مؤجلاً، أو وهبته منه، فلا نفقة لها؛ لأن فوات الاحتباس هاهنا لمعنى من جهتها، والنفقة بإزاء الاحتباس على ما بينا؛ فيجازى(٢) بمنع ما بإزاء الاحتباس وهي النفقة، ألا ترى أن الفرقة إذا جاءت من قبلها قبل الدخول بها، تجازى بمنع جميع البدل وهو المهر، كذلك هاهنا.

٤٣٨٣ - قال: وإن كانت المرأة صغيرة، فإن كان مثلها يوطأ، وتصلح للجماع، فلها النفقة، وإن كانت مثلها لا توطأ، ولا تصلح للجماع، فلا نفقة لها عندنا، حتى تصير إلى الحالة تصلح للجماع، سواء كانت في بيت الزوج، أو في بيت الأب.

٤٣٨٤ - فرق بين نفقة الزوج، وبين نفقة المملوك، فإن نفقة المملوك تجب على المالك، وإن كانت صغيرة لا تصلح للجماع.

(١) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: جواب الكتاب.

(٢) وفي نسخة: فيجازى.

والعرف. [وهو]⁽¹⁾ أن نفقة النكاح إنما تجب لسبب الاحتباس المستحق بعقد النكاح، فإنما يجب إذا حصل للزوج منفعة من منافع النكاح على سبيل الخصوص؛ وهذا لأن الاحتباس ما كان مطلوبًا بعينه، وإنما كان مطلوبًا لغيره، وهو منافع النكاح، فكان المعتبر حصول منافع النكاح على الخصوص، ومنافع النكاح على الخصوص هو الجماع والدواعي إلى الجماع. والصغيرة التي لا تصلح للجماع لا تصلح لدواعي الجماع أيضًا، فكان فوات منفعة الاحتباس لمعنى جاء من جهتها، فصار كما لو نشزت، بخلاف ما إذا كانت تصلح للجماع. فأما نفقة المملوك تجب لأجل الملك فقط، وذلك لا يختلف بالصغر والكبر.

٤٢٨٤ - قال: وإن كانت المرأة تصلح للجماع، والزوج لا يطيق الجماع، فلها النفقة إذا لم تكن مانعة نفسها؛ لأن منفعة الاحتباس هاهنا إنما فاتت لمعنى من جهة الزوج، فلا يسقط حقها في النفقة كما لو حبست نفسها في المهر.

٤٢٨٦ - قال: وإن كانا صغيرين لا يطيقان الجماع، لا نفقة لها حتى تصير المرأة إلى الحالة التي تطيق الجماع؛ لأن المنع جاء لمعنى من جهتها، والأكثر ما في الباب أن يجعل المنع من قبله كلا منع، فالمنع من قبلها لا يستحق النفقة.

٤٢٨٧ - والحاصل من جنس هذه المسائل: أنه ينظر إلى المرأة إذا كانت لا تصلح للجماع، لا نفقة لها سواء كان الزوج يطيق الجماع، أو لا يطيق، وإن كانت المرأة تطيق الجماع فلها النفقة، سواء كان الزوج يطيق الجماع أو لا يطيق، وعن هذا قلنا: إن المجبوب إذا تزوج امرأة صغيرة لا تصلح للجماع، لا يفرض لها النفقة، ولو تزوج امرأة تصلح للجماع، فلها النفقة، وإن كان الزوج لا يقدر على الجماع في الوجهين جميعًا لهذا المعنى. إذ المرأة في الفصل الأول لا تصلح للجماع، وفي الفصل الثاني تصلح للجماع، فلها النفقة، فعلم أن المعتبر ما قلنا.

٤٢٨٨ - ثم الأصل أن المرأة إذا كانت كبيرة وهي غير مانعة نفسها عن الزوج بغير حق، تستحق النفقة على الزوج وإن تعذر وطؤها بعارض أخر نحو الرتق، والقرن، والحيض، والمرض، سواء حصل هذا العارض في بيت الأب قبل الانتقال إلى بيت الزوج، أو حصل بعد ما انتقلت إلى بيت الزوج.

٤٢٨٩ - حتى إن المرأة الكبيرة إذا مرضت في بيت الزوج يقدر الزوج معه على الجماع، تستحق النفقة استحسانًا، وكذلك الكبيرة إذا مرضت في بيت الزوج مرضًا لا يقدر الزوج معه

---

(١) ليس في ب و م

على جماعها، وزفت إلى بيت الزوج، كذلك لو لم تزف إلى بيت الزوج، إلا أنها غير مانعة نفسها من الزوج بغير حق تستحق النفقة.

٤٢٩٠ - وكذلك المرأة إذا كانت رتقاء، أو قرناء، أو صارت مجنونة، أو أصابها بلاء يمنعها [من الجماع](1)، أو كبرت حتى لا يمكن وطؤها بحكم كبرها. كان لها النفقة سواء أصابها هذه العوارض بعد ما انتقلت إلى بيت الزوج، أو قبل ذلك إذا لم تكن مانعة نفسها من الزوج بغير حق، وهذا الذي ذكرنا في هذه المسائل جواب ظاهر الرواية.

والوجه في هذه المسائل: ما ذكرنا أن المعتبر في إيجاب النفقة احتباس ينتفع به الزوج انتفاعا مقصودا بالنكاح، وهو الجماع أو الدواعي إلى الجماع، والانتفاع من حيث الدواعي [إلى الجماع](2) في هذه المسائل حاصل.

٤٢٩١ - وروي عن أبي يوسف(3) في الرتقاء والمريضة التي لا يمكن وطؤها(4)، أنه لا نفقة لها قبل أن ينقلها الزوج إلى بيت نفسه، وإذا نقلت إلى بيت الزوج من غير رضا الزوج، فللزوج أن يردها إلى أهلها، فأما إذا نقلها الزوج بنفسه مع علمه بذلك، فليس له أن يردها بعد ذلك ولها النفقة.

ووجه ذلك: أن التسليم الذي اقتضاه العقد تسليم من غير مانع يمنع من الوطء - وذلك غير موجود ههنا، فكان في التسليم نوع قصور وخلل، فلا تستحق النفقة.

٤٢٩٢ - فإذا نقلها الزوج إلى بيته مع علمه بذلك، فقد رضي بالخلل فكان عليه النفقة، فلا يجوز ردها لرضاه بالتسليم القاصر، بخلاف الصغيرة التي لا تصلح للجماع؛ لأن هناك النفقة منتفية أصلا، فكان له أن يردها، فلا تجب نفقتها، أما ههنا بخلافه، حتى لو كانت الصغيرة بحال تصلح لمنفعة الخدمة والاستئناس، فنقلها الزوج إلى بيت نفسه، ليس له أن يردها وتستحق النفقة عند أبي يوسف، فكأنه اعتبر منفعة الاستئناس على هذه الرواية.

٤٢٩٣ - وروي عن محمد في الرتقاء، أنه لا يلزم الزوج(5) نفقتها قبل أن ينقلها الزوج

(1) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

(2) هكذا في ف، وفي ب: ... الاستمتاع من حيث الدواعي إلى الجماع، والانتفاع من حيث الدواعي ... نفع

(3) وفي م: أبي حنيفة.

(4) وفي ف و م: وطؤهما، وكذلك جميع الضمائر في هذه المسألة.

(5) وفي ف: لا يلزم الزوج

نفسه إلى بيته كما هو قول أبي يوسف، ثم فرّق أبو يوسف بينما إذا تحوّلت إلى بيت الزوج مريضة، وبينما إذا مرضت في بيت الزوج، فقال: إذا تحوّلت إلى بيت الزوج مريضة، فللزوج أن يردّها ولا نفقة عليه، وإذا مرضت في بيت الزوج بعدما تحوّلت إليه صحيحة، فليس له أن يردّها، بل ينفق عليها، إلا أن يتطاول. قال: لأن النكاح يعقد للصحبة والألفة، وليس من الألفة أن تمنع من الإنفاق، أو يردّها بقليل مرض، فإذا تطاول ذلك فهو بمنزلة الرتق الذي لا يرجون زواله، فصار كما لو كانت صغيرة لا يجامع مثلها فتسقط نفقتها.

٤٢٩٤- قال: إذا حبست المرأة في دين قبل النقلة، فإن كانت في موضع تقدر على أن تخلي بينه وبين نفسها فلها النفقة، وإن كانت في موضع لا يقدر الزوج على الوصول إليها، فلا نفقة لها؛ وهذا لأنها إذا قدرت على أن توصل الزوج إلى نفسها، فقد قدر الزوج على الاستمتاع بها، وفوات الاحتباس في بيت الزوج ما كان من جهتها، فلا يسقط حقها، وأما إذا لم تقدر على أن توصله إلى نفسها، لم يتمكن الزوج من الاستمتاع بها، فلا تستحق النفقة. وأما إذا حبست بعد النقلة وبعد ما فرض القاضي النفقة لها، لا تبطل نفقتها؛ لأن التسليم قد وجد، والمنع حصل بعارض أمر غير مضاف إليها، فلا يؤثر في إسقاط حقها كالحيض. وهذا كله إذا كانت محبوسة في دين لا تقدر على الأداء، وإذا قدرت على الأداء فلم تعط، فلا نفقة لحصول المنع مضافًا إليها، وهذا كله قول أبي يوسف، وهو اختيار القاضي الإمام علي السغدي.

٤٢٩٥- وذكر محمد في «الجامع الكبير» وفي «الأصل»: أنها إذا حبست فلا نفقة [لها](١) من غير تفصيل، وذكر الخصّاف في «أدب القاضي»: أنها إذا حبست وكانت قادرة على أداء الدين أو لم تكن، أو حبست ظلمًا بغير حق، فلا نفقة لها، وكذلك لو هرب بها هارب. ثم تستحق النفقة على رواية «الأصل» و«الجامع» ورواية الخصاف، وعلى رواية أبي يوسف وهو اختيار الإمام علي السغدي، لها النفقة.

والحاصل على رواية «الأصل» و«الجامع» ورواية الخصّاف: المعتبر لسقوط النفقة فوات الاحتباس لا من جهة الزوج، وقد فات الاحتباس هنا لا من جهة الزوج، هذا هو الصحيح. والمعنى في ذلك: أن النفقة إنما تجب عوضًا عن الاحتباس في بيت الزوج، فإن كان الفوات لمعنى من جهة الزوج أمكن أن يجعل ذلك الاحتباس باقيًا تقديرًا، أما إذا كان الفوات لا لمعنى

---

(١) هكذا في النسخ التي اعتمدنا عليها، ولكن في الأصل: «لها».

من جهة الزوج[1] ، لا يمكن أن يجعل ذلك الاحتباس باقيًا تقديرًا ، وبدونه لا يمكن إيجاب النفقة ، وهو نظير ما قلنا في الغاصب : إذا غصب المستأجر من يد المستأجر ، لا يجب الأجر على المستأجر لهذا ؛ لأنه فات التمكن من الانتفاع لا من جهة المستأجر ، كذا هنا .

٤٢٩٦ - قال : وإن حبس الزوج وهو يقدر على الأداء أو لا يقدر ، أو حبس ظلمًا ، أو هرب ، أو نشز ، كان لها النفقة ؛ لأن الاحتباس فيها فات لمعنى من جهة الزوج .

٤٢٩٧ - قال : ولو حجّت المرأة حجة الإسلام ، فإن كان قبل أن تسلّم نفسها ، فلا نفقة لها ، وإن كان الزوج بنى بها ، ثم حجّت مع محرم ، فلها النفقة في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ، وقال محمد رحمه الله تعالى : لا نفقة لها . هكذا ذكر القدوري ، وذكر الخصّاف أنه لا نفقة لها ، ولم يذكر فيه خلافًا ، فيحتمل أن يكون ما ذكر الخصّاف قول محمد رحمه الله تعالى ، فوجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أن الزوج لما بنى بها فقد وجد التسليم ، والمانع أداء الفرض وهي مضطرة في ذلك . بخلاف ما لو لم يبن بها ؛ لأن هناك لم يوجد التسليم أصلًا . ووجه قول محمد رحمه الله تعالى : أن منفعة الاحتباس فات لمعنى من جهة المرأة ، فوجب سقوط النفقة لما قلنا قبل هذا ، بخلاف ما لو صلّت أو صامت عن رمضان .

٤٢٩٨ - فرّع على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فقال : يفرض لها نفقة الإقامة دون السفر ، يعني يعتبر ما كان فيه الطعام في الحضر ، لا ما كان قيمة له في السفر ؛ لأن هذه الزيادة بسببها بأداء منفعة تحصل لها ، فلا يكون ذلك على الزوج ، كالمريضة لا تستحق المداواة على الزوج ، وليس على الزوج أن يكري لها ؛ لأن هذا ليس من نفقة الحضر ، فيكون في مالها ، ولو أقامت هناك مدة لا يحتاج إليها بطلت نفقتها ؛ لأنها غير مضطرة في ذلك ، فصارت كالناشزة . ولو طلبت من الزوج نفقة مدة الذهاب والمجيء ، لم يكن لها ذلك ولكن يعطيها نفقة شهر ؛ لأن الواجب لها نفقة الإقامة دون السفر ، ونفقة الإقامة يفرض لها شهرًا فشهرًا . ثم قال : فإن عادت أخذت ما بقي ، هكذا ذكر القدوري . وفيه نظر ، فإن نفقة الزوجات لا تصير دينًا إلا بالقضاء ، أو بالتراضي ، على ما نبيّن بعد هذا - إن شاء الله تعالى - ولم يذكر القضاء والرضا هنا ، فكانت المسألة مؤوّلة .

٤٢٩٩ - قال . فإن حجّ الزوج معها ، فلها النفقة على الزوج بالاتفاق ، ولكن تجب نفقة الحضر ، ولا تجب على السفر[2] ، ولا مؤونة السفر ؛ لما قلنا .

(١) أثبت من جميع النسخ التي بين يدينا

(٢) وفي ظ : ولا تجب غلاء السعر

٤٣٠٦ - قال: وإذا تزوجت المكاتبة بإذن المولى، فهي كالحرة، ولا تحتاج إلى التبوئة لاستحقاق النفقة؛ لأن منافعها على حكم ملكها لصيرورتها أخص بنفسها، ومنافعها بعقد الكتابة. ولهذا لم يبق للمولى ولاية الاستخدام فكانت كالحرة، فلا يحتاج في حقها إلى التبوئة. وهذه المسألة تؤيد ما ذكرنا في الحرة إذا كانت تحت عبد، أو مكاتب، أو مدبر.

٤٣٠٧ - ثم فرع على مسألة العبد، فقال: إذا تزوج العبد بإذن المولى، وفرض القاضي عليه النفقة، فالنفقة تتعلق بمالية رقبته؛ لأن دين النفقة ظهر في حق المولى؛ لأن سببه وهو النكاح كان برضى المولى، وإذا اجتمع عليه من النفقة ما يعجزه عن الأداء، يباع فيه إلا أن يفديه المولى، ثم إذا اجتمع عليه النفقة مرة أخرى، يباع العبد ثانياً.

٤٣٠٨ - قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى: وليس بشيء من ديون العبد ما يباع فيه مرة أخرى بعد مرة إلا النفقة؛ وهذا لأن النفقة تتجدد وجوبها بمضي الزمان، وذلك في حكم دين حادث. ولا كذلك في سائر الديون. قال: فإن مات العبد بطل ما اجتمع عليه من النفقة، لا يؤاخذ المولى بشيء؛ لأنه محل الاستيفاء، وقد فات.

٤٣٠٩ - قال: وإن قتل العبد كانت النفقة في قيمته، قال الشيخ الإمام أبو الحسن القدوري رحمه الله تعالى في شرحه: هذا ليس بصحيح، وإنما الصحيح أن يسقط؛ لأن النفقة تسقط بالموت، لأن النفقة في معنى الصلة على ما يأتي بيانه بعد هذا - إن شاء الله تعالى - والصلات تبطل بفوتها قبل القبض، والقيمة إنما تقام مقام الرقبة في دين لم يسقط بالموت لا في دين يسقط بالموت.

٤٣١٠ - هذا الذي ذكرنا في العبد، أما المدبر إذا تزوج بإذن المولى، فالنفقة تتعلق بكسبه؛ لأن الاستيفاء من الرقبة ههنا متعذر لعدم جواز بيعه، فيتعلق بكسبه كسائر الديون، وكذلك نفقة امرأة المكاتب تتعلق بكسبه ما دام مكاتباً؛ لتعذر الاستيفاء من الرقبة، فإذا عجز بيع فيها؛ لإمكان الاستيفاء من الرقبة بعد العجز. وهذا الذي ذكرنا(١) إذا تزوج العبد، أو المكاتب، أو المدبر بإذن المولى.

٤٣١١ - وأما إذا تزوجوا بغير إذن المولى، فلا نفقة عليهم ولا مهر؛ لأن وجوب النفقة عليهم والمهر يعتمد صحة العقد، ونكاح هؤلاء بغير إذن المولى لا يصح، فإن عتق واحد منهم جاز نكاحه حين عتق؛ لسقوط حق المولى، ويجب عليه المهر والنفقة في المستقبل.

٤٣١٢ - قال: والمعتق البعض عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بمنزلة المكاتب، وعندهما

---

(١) وفي ب: وهذا الذي ذكرنا لا يصح.

بمنزلة حر عليه دين، بناء على أن الإعتاق عندهما لا يتجزأ، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يتجزأ، فكان بمنزلة المكاتب، إلا أن الرد في الرق بالعجز هاهنا لا يتصور، وفي المكاتب يتصور، لما في العجز جانبهم واحدة.

قال: وإذا زوّج الرجل أمته من عبده، بوّأها بيتاً أو لم يبوئ، فنفقتها على المولى؛ لأنهما جميعاً ملك المولى، ونفقة المملوك على المالك، وسيأتي الكلام في نفقة المماليك بعد هذا إن شاء الله تعالى.

٤٣١٣ - قال: وإن زوّج الرجل ابنته من عبده وطلبت النفقة، كان لها النفقة على العبد؛ لأن النفقة في معنى سائر الديون من وجه، والابنة تستحق الدين على الأب، فكذا على عبد الأب.

٤٣١٤ - قال: وإن كان للرجل نسوة بعضهن حرائر مسلمات، وبعضهن إماء أو ذميات، فهنّ في النفقة سواء؛ لأن النفقة مشروعة للكفاية، وذلك لا يختلف باختلاف الدين، والرق، والحرية، إلا أن الحرة تستحق نفقة خادمها على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى، والأمة لا؛ لأن الحرة تستخدم الأمة، وأما الأمة خادمة في نفسها فلا تستحق نفقة الخادم.

٤٣١٥ - قال: ولا نفقة في النكاح الفاسد، ولا في العدة منه؛ لأنه لم يحصل للزوج بها الاحتباس منفعة من منافع النكاح: وهو الوطء أو الدواعي؛ لأنه ممنوع شرعاً، فصار بمنزلة الصغيرة التي لا يجامع مثلها.

٤٣١٦ - قال: ولو كان النكاح صحيحاً من حيث الظاهر ففرض القاضي لها النفقة، وأخذت ذلك شهراً، ثم ظهر فساد النكاح، بأن شهد الشهود أنها أخته من الرضاع، وفرق القاضي بينهما، رجع الزوج على المرأة بما أخذت؛ لأنه تبين أنها أخذت ذلك بغير حق. وهذا إذا فرض القاضي لها النفقة، أما إذا أنفق الزوج عليها مسامحة من غير فرض القاضي لم يرجع عليها بشيء، هكذا ذكر الصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله تعالى في شرح أدب القاضي للخصاف.

٤٣١٧ - وذكر في الحاوي في الفتاوى: أن الرجل إذا اتُّهم بامرأة، وظهر بها حبل، فزوجت من هذا الرجل، فإن لم يقرّ هذا الرجل بأن هذا الحبل منه، فإن النكاح فاسد عند أبي يوسف رحمه الله تعالى فلا تستحق النفقة، وعندهما النكاح صحيح فتستحق النفقة. وذكر في موضع آخر: أن على قولهما لا تستحق النفقة أيضاً؛ لأن النكاح وإن كان صحيحاً عندهما،

إلا أنّ الزوج ممنوع عن وطئها. وأما إذا أقرّ الزوج أنّ الحبل منه فالنكاح صحيح بالاتفاق، وهو غير ممنوع عن وطئها، فتستحق النفقة [عند الكل][1].

٤٢١٨ - في فتاوى النسفي رحمه الله تعالى: في منكوحة تزوّجت بزوج آخر، ودخل بها الزوج الثاني، وفرّق بينهما حتى وجبت العدّة، ففي الحالة التي تعتدّ لا نفقة لها، لا على الزوج الأول ولا على الزوج الثاني. أما على الزوج الثاني؛ فلأنّ نكاح الثاني فاسد، وأما على الزوج الأول؛ فلأنها صارت ناشزة عن الأول، فلا تستحق النفقة عليه.

٤٢١٩ - وقال: ولا نفقة للناشزة ما دامت على تلك الحالة؛ لأنها إنما تستحق النفقة بتسليمها نفسها إلى الزوج، وتفريغها نفسها لمصالح الزوج، فإذا امتنعت عن ذلك صارت ظالمة، فقد فوّتت ما كان تستحق النفقة باعتباره، فلا يجب لها النفقة.

وقد صح أنّ شريحًا رضي الله تعالى عنه سئل أنّ الناشزة هل تستحق النفقة؟ فقال: نعم، فقيل: كم؟ فقال: جوالق من تراب، يعني لا نفقة لها، ثم فسّر الخصّاف الناشزة، فقال: الناشزة: الخارجة عن منزل زوجها، المانعة نفسها منه؛ لأنها إذا كانت مقيمة مع الزوج في منزله، فالظاهر أنّ الزوج يقدر على تحصيل المقصود منها، فلا يوجب ذلك بطلان نفقتها.

٤٢٢٠ - وكذلك لو كان المنزل ملكًا للمرأة، فالزوج يسكن معها فيه، فمنعته من الدخول عليها، لم يكن لها نفقة ما دامت على تلك الحالة؛ لأنها لما منعته عن الدخول عليها، فقد حبست نفسها، فصار كأنها نشزت [نفسها][2] إلى موضع آخر.

٤٢٢١ - قال في الكتاب: إلا أنّ تكون سألته أن يحولها إلى منزله، أو يكتري لها منزلا آخر يصيّرها فيه، وتقول: إني محتاجة إلى منزلي، ومنعته من الدخول عليها، فلها ذلك وعليه النفقة؛ لأنّ منفعة الاحتباس ههنا إنما فاتت لمعنى من جهة الزوج، فلا يوجب بطلان النفقة. ثم في كل موضع تسقط نفقة المرأة لأجل النشوز، لو تركت النشوز كان لها النفقة؛ لأنّ المسقط للنفقة هو النشوز، فإذا تركت النشوز ارتفع المسقط، فصار الحال بعد ترك النشوز كالحال قبل النشوز.

وذكر في الفتاوى: سئل عن من أوفى مهر امرأته، وهو يسكنها في أرض الغصب، فامتنعت هي منه؟ قال: لها النفقة؛ لأنها محقة وليست بناشزة.

٤٢٢٢ - وإذا تغيّبت المرأة عن زوجها، أو أبت أن تتحول معه إلى منزله، أو حيث يريد

---

(١) أثبت من النسخ الموجودة عندنا.

(٢) هكذا في "ظ".

من البلد، وقد أوفاها مهرها، فلا نفقة لها عليه؛ لأنها معطلة في هذا المنع، فكانت ناشزة. وإن كان لم يعطها مهرها، وباقي المسألة بحالها فلها النفقة؛ لأنها محقة في هذا [المنع][1]، هذا إذا لم يدخل بها، وإن دخل بها فكذلك الجواب في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وفي قولهما لا نفقة لها، سواء أوفاها المهر أو لا، وهذا بناء على أن بعدما دخل الزوج بها ليس لها أن تمنع نفسها حتى يوفيها الزوج المهر عندهما، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: لها ذلك، وكانت معطلة في هذا المنع عندهما فلا نفقة لها.

٤٣٢٣ - قال الفقيه أبو القاسم الصفار رحمه الله تعالى: هذا كان في زمانهم، أما في زماننا لا يملك الزوج أن يسافر بها وإن أوفى صداقها؛ لأن في زمانهم الغالب من حال الناس الصلاح، وأما في زماننا فسد الناس، فالمرأة إذا كانت بين عشيرتها، فالزوج لا يقدر أن يظلمها، ومتى نقلها إلى بلد آخر ظلمها، فقيل له: هل له أن يخرجها من البلد إلى القرية أو على العكس؟ قال: ذلك ليس بسفر، وإخراجها إلى بلد آخر سفر.

نوع آخر في كسوة المرأة:

٤٣٢٤ - الأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[2]، والمعنى الذي أوجب النفقة للمرأة على الزوج، وهو كونها محبوسة في بيت الزوج لمنفعة تعود إلى الزوج، يوجب الكسوة أيضًا على الزوج، إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله تعالى في الكتاب: الكسوة للمرأة على المعسر في الشتاء درع يهودي[3]، وملحفة زطي، وخمار سابري، كذا خص ما يكون مما يلبسونها، وعلى الموسر في الشتاء درع يهودي أو هروي، وملحفة بردية[4]، وخمار إبريسم، وكساء أذرعاتي، ولها في الصيف درع سابري، وملحفة كتان، وخمار إبريسم. فقد أوجب لها في الشتاء أكثر مما يوجب لها في الصيف؛ لأن الحاجة في الشتاء إلى الكسوة لدفع أذى البرد، وفي الصيف لدفع أذى الحر، ويحتاج لدفع أذى البرد ما لا يحتاج لدفع أذى الحر.

وقد ذكر محمد رحمه الله تعالى في الأصل: للمرأة الدرع، والخمار، وذكر القميص،

(١) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: الموضع.

(٢) البقرة: ٢٣٣

(٣) وفي ب ز م: يهودي.

(٤) وفي ظ: بردية

وخمار سواء، غير أن الدرع ما يلبسه النساء، وهو أن يكون مجيّبًا من قبل الصدر، والقميص ما يكون مجيبًا من قبل الكتف، فتوسع الخصاف وأجاز ذلك بلبسه، وذكر الملحفة وتكلموا في تفسيرها. قال بعضهم: غطاء الليل يلبس في الليل، وقال بعضهم: الملاءة التي تلبسها المرأة عند الخروج. وقال الخصاف في كتابه: الملحفة تشبه الرداء، غير أن الملحفة أعرض من الرداء، ويكون أمثل للمرأة، ثم لم يوجب للمرأة الإزار. والخصاف رحمه الله تعالى أوجب لها الإزار في كسوة الشتاء لا في كسوة الصيف، ومحمد رحمه الله تعالى لم يوجب لها إزارًا أصلًا. قال شمس الأئمة السرخسي: إنما لم يوجب محمد رحمه الله تعالى ذلك، باعتبار أن الإزار إنما يحتاج إليه للخروج، والمرأة منهية عن الخروج مأمورة بأن تكون مهيأة لحظ الزوج، فلا يكون لها على الزوج أن تتخذ ما يحول بينها وبين حقه، فهذا التعليل إشارة إلى أنه لا يفرض لها الإزار في ديارنا أيضًا.

وقال غيره من المشايخ رحمهم الله تعالى: هذا بناء على عرف ديارهم، فأما في عرف ديارنا فيجب، المرأة تمكث في بيت الزوج بلا سراويل، وتلبس درعًا طويلًا، وفي عرف ديار الخصاف (وهي ديار العراق) تمكث المرأة مع السراويل، لكن في الصيف لا يلبسن ذلك؛ لشدة الحر. وفي الشتاء يلبسن، فهذا في عرف ديارهم. أما في عرف[1] ديارنا فيجب لها الإزار، وثياب أخر تحتاج إليها في الشتاء نحو الجبة وما أشبه ذلك، ولم يوجب للمرأة الكعب والخف؛ لأن كل واحد منهما آلة الخروج، والمرأة لا تحتاج إلى الخروج والبروز.

٤٣٢٥ - قال: ويجب لها في الشتاء لحاف، أو قطيفة إن لم تكن تحتمل حشوًا. وكذلك يجب لها فراش تنام عليه؛ لأن النوم على الأرض ربما يؤذيها ويمرضها، وهو منهي عن إلحاق الضرر والأذى بها. قال في الكتاب: ويجعل لها القاضي ما تنام عليه؛ لأن النوم على الأرض ربما يؤذيها مثل الفراش أو المضربة، والمرفقة في الشتاء لحافًا تتغطى به، وذكر لها فراشًا على حدة، ولم يكتف بالفراش الواحد؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «الفراش ثلاثة: فراش لك وفراش لأهلك والثالث للشيطان»[2] ثم ما ذكر محمد رحمه الله تعالى في الكتاب من الثياب، فهو بناء على عاداتهم، وذلك يختلف باختلاف الأماكن في شدة الحر والبرد،

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من م، ورقة.

(٢) وفي رواية مسلم (٣٨٨٦) أن رسول الله ﷺ قال: «فراش للرجل وفراش لامرأته والثالث للضيف والرابع للشيطان»، وكذا في سنن النسائي: ٣٣٣٢، وكذا في مسند أحمد في مسند جابر رضي الله عنه الحديث رقم: ١٣٦١٠.

وباختلاف العادات فيما بين الناس في كل وقت، فيجب على القاضي اعتبار الكفاية بالمعروف فيما يفرض في كل وقت ومكان.

نوع آخر في فرض القاضي نفقة المرأة وكسوتها

٤٣٢٦ - قال: وإذا طالبت المرأة زوجها بالنفقة وهي مع زوجها على حالها، أو قالت: إنه يضيق علي ويضربني، فالقاضي يأمره بالنفقة عليها؛ لأن الله تعالى أمر الزوج بالإمساك بالمعروف [قال الله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[1]][2] وليس من المعروف ترك التوسيع في النفقة، والزوج هو الذي يلي الإنفاق إلا أن يظهر للقاضي مطله، وظلمه أنه يضربها ولا ينفق عليها، فحينئذ يفرض القاضي لها نفقة عليه في كل شهر، ويأمره أن يعطيها لتنفق هي على نفسها نظرًا لها، فإن لم يعطها وقدمته مرارًا، ولم يقبل نصح القاضي، ولم ينجع فيه وعظه، حبسه القاضي؛ لظهور مطلمته وظلمه، وسيأتي الكلام في الحبس[3] بعد هذا - إن شاء الله تعالى -.

٤٣٢٧ - قال: إذا طلبت المرأة من القاضي أن يفرض لها نفقة على الزوج، فالمسألة على وجهين: إما إن كان الزوج حاضرًا، أو غائبًا، فإن كان حاضرًا، وكان الزوج [صاحب مائدة][4]، فالقاضي لا يفرض لها النفقة وإن طلبت؛ لأنها متعنتة في طلب النفقة، لأن الرجل إذا كان يسعه أن ينفق على من ليس عليه نفقته، فلا يمتنع من الإنفاق على من عليه نفقتها، فلا يفرض لها النفقة، إلا إذا ظهر للقاضي أنه يضربها ولا ينفق عليها، فحينئذ يفرض لها النفقة.

٤٣٢٨ - وإن لم يكن الزوج صاحب مائدة، فالقاضي يفرض لها النفقة كل شهر، ويأمره أن يعطيها، هكذا ذكر في الكتاب، وعلى قياس المسألة الأولى ينبغي أن يكون الزوج هو الذي يلي الإنفاق، إلا إذا ظهر للقاضي مطل الزوج وظلمه على ما ذكرنا، فحينئذ يفرض.

٤٣٢٩ - قال: وليس في النفقة عندنا تقدير لازم؛ لأن المقصود من النفقة الكفاية، وذلك مما يختلف فيه طباع الناس، وأحوالهم يختلف باختلاف الأوقات، ففي التقدير بمقدار

---

(١) البقرة: ٢٣١.

(٢) ثبت من جميع النسخ التي توجد عندنا.

(٣) وفي ف و ب: وهو ما اعتمدنا ... أعلم.

(٤) هكذا في النسخ التي اعتمدنا عليها، وكان في الأصل: مصر.

إضرار بأحدهما، والذي قال في الكتاب: إن كان الزوج معسراً فرض لها القاضي من النفقة كل شهر أربعة دراهم، فهذا ليس بتقدير لازم؛ لأن هذا يختلف باختلاف الأسعار في الغلاء والرخص، وباختلاف المواضع، واختلاف الأوقات، فكان في التقدير بالدراهم إضرار بأحدهما، فلا يعتبر ذلك، إلا أن محمداً رحمه الله تعالى ذكر التقدير بالدراهم، بناء على ما شاهد في زمانه.

٤٣٣٠ - فأما الذي يحق على القاضي في زماننا، فاعتبار الكفاية بالمعروف فيما يعرف في كل وقت ومكان، والأصل في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام لهند: «خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف»[1]، والمعنى في ذلك: أن في النفقة معنى الصلة، والصلات شرعت على وجه تكون كافية نظراً من الجانبين، والنظر من الجانبين[2] أن يقدّر بالمعروف بلا سرف ولا تقتير.

٤٣٣١ - قال: وكذلك يفرض لها القاضي قدر الكفاية من الطعام فكذا من الإدام والدهن، أما الإدام فلأن الخبز لا يتناول عادة إلا بإدام، وأما الدهن فلأنه لا يستغني عنه خصوصاً في زمان الحر، فهو من أصول الحوائج.

قال: والجواب في الكسوة كالجواب في النفقة، يريد به أن القاضي يفرض لها من الكسوة في الشتاء والصيف، ما يكفيها بالمعروف، لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[3]، والمعنى فيه: أن بقاء النفس عادة بهما، والحاجة إلى ذلك تختلف باختلاف الأوقات[4]، فيقضي لها في كل وقت ما تحتاج إليه بالمعروف، غير أن الكسوة تفرض لها في كل ستة أشهر؛ لأن حاجتها إلى الكسوة مما يختلف باختلاف الشتاء والصيف، فيقضي بها في كل فصل بقدر الحاجة، والنفقة تفرض لها في كل شهر وتدفع إليها؛ لأنه يتعذر على القاضي أن يفرض لها النفقة كل ساعة، ويتعذر عليه أن يفرض لها في جميع مدة النكاح؛ لأن ذلك مجهول، فقدرنا لكل شهر؛ لأنه أدنى[5] الآجال المعتادة فيما بين الناس.

٤٣٣٢ - فرع على هذا فقال: إذا فرض القاضي لها نفقة شهر، فلم يدفع الزوج ذلك

(١) قد تقدم تخريج الحديث قريباً.

(٢) وفي النسخ التي عندنا: والنظر للجانبين.

(٣) البقرة: ٢٣٣.

(٤) وفي ب: باختلاف الصيف والشتاء.

(٥) وفي ... : لأنه أقل الآجال.

إليها، فإن أرادت المرأة أن تطلب كل يوم، فلها أن تطلب عند المساء؛ لأن حصة كل يوم معلوم، فيمكنها المطالبة بذلك، ولا كذلك فيما دون اليوم؛ لأنه مقدر بالساعات، فلا يمكن اعتبارها.

٤٣٣٣ - قال شمس الأئمة السرخسي في شرحه: ما ذكر محمد رحمه الله تعالى: أن النفقة تفرض لها شهراً فشهراً، فليس بتقدير لازم، إنما ذلك بناء على عاداتهم، وبعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: يعتبر في ذلك حال الرجل، فإن كان محترفاً يفرض عليه النفقة يوماً فيوماً، وإن كان من التجار يفرض عليه النفقة شهراً فشهراً، وإن كان من [الدهاقين] يفرض عليه النفقة سنة فسنة؛ لأن تيسر الأداء على [الدهاقين][1] عند إدراك الغلة في كل سنة، وتيسير الأداء على [التاجر عند اتخاذ غلة الحوانيت ونحوها في كل شهر، وتيسيرا على الأداء على][2] المحترف باكتساب كل يوم. ثم في ظاهر رواية الأصل: المعتبر في[3] فرض النفقة حال الزوج في اليسار والإعسار، وهكذا ذكر في شرح القدوري، وهذا لقوله تعالى: ﴿عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾[4]، وقال الله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ﴾[5]، وقال الله تعالى: ﴿وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا﴾[6].

٤٣٣٤ - وذكر الخصاف في النفقات: أنه يعتبر حالهما في اليسار والإعسار، حتى لو كانا موسرين كان لها نفقة الموسرين، وإن كانا معسرين فلها نفقة المعسرين، وإن كانت موسرة والزوج معسر، يفرض لها [فوق][7] ما يفرض لو كانت معسرة، فيقال له: لا تكلف لأن تطعمها خبز البر وباجة أو باجتين، وإن كان الزوج موسراً مفرط اليسار، نحو أن يأكل الحلو [واللحم][8] المشوي، والباجات، والمرأة فقيرة كانت تأكل في بيتها خبز الشعير، لا يؤخذ

---

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ب.

(2) أثبت من "ظ" و "م".

(3) في "م" و "ب": كل فرض.

(4) البقرة: ٢٣٦.

(5) الطلاق: ٧.

(6) نص الآية السابقة.

(7) أثبت من النسخ التي اعتمدنا عليها جميعاً.

(8) هكذا في "ب"، وكان في باقي النسخ التي عندنا: الحمل.

الزوج أن يطعمها ما يأكل بنفسه، ولا ما كانت المرأة تأكل في بيت أهلها، ولكن يطعمها فيما بين ذلك، يطعمها خبز البر وباجة أو باجتين، فهذا هو معنى اعتبار حالهما.

وإشارات الخصّاف في "أدب القاضي" متعارضة، في بعضها يشير إلى أنه يعتبر حال الزوج، وفي بعضها يشير إلى أنه يعتبر حالهما، قال مشايخنا: والمستحب للزوج إذا كان موسرًا مفرط اليسار والمرأة فقيرة، أن يأكل معها ما يأكل بنفسه؛ لأنه مأمور بحسن العشرة معهن، وذلك في أن يؤاكلها لتكون نفقته ونفقتها سواء.

قال في الكتاب: وكل جواب عرفته في فرض النفقة من اعتبار حال الزوج واعتبار حالهما فهو الجواب في الكسوة، إذ المعنى لا يختلف.

٤٣٣٥- قال: وإذا فرض القاضي للمرأة ما تحتاج إليه من الدقيق وسائر المؤن، فقالت: أنا لا أعمل، ولا أطبخ، ولا أخبز، ولا أصنع شيئًا من ذلك، فإنها لا تجبر على ذلك؛ فعلى الزوج أن يأتيها [بمن][١] يكفيها عمل الطبخ والخبز وما أشبه ذلك، وهذا لأن الواجب لها على الزوج الطعام، قال الله تعالى: ﴿من أوسط ما تطعمون أهليكم﴾[٢]، والطعام ما يمكن تناوله، والدقيق والحنطة مما لا يمكن تناولهما، فيجب على الزوج أن يجعل الحنطة والدقيق مهيّأتين، وذلك بالطبخ والخبز، هكذا ذكر الخصّاف في "أدب القاضي" [في النفقات][٣].

٤٣٣٦- قال الفقيه أبو الليث [في "نكت الفتاوى"][٤]: هذا إذا كانت المرأة بها علة لا تقدر على الطبخ والخبز، أو كانت المرأة من بنات الأشراف، أما إذا كانت المرأة تقدر على ذلك الأعمال وهي ممن تخدم بنفسها، لا يجب على الزوج أن يأتيها بمن يعمل هذه الأعمال؛ لأنها [متعنّتة][٥] في ذلك.

٤٣٣٧- وقال شمس الأئمة السرخسي: إذا امتنعت المرأة من الطبخ والخبز وأعمال

(٩) وفي ب: لا يجب على الزوج أن يطعمها ... إلخ.

(١) هكذا في ب.

(٢) المائدة: ٨٩.

(٣) هكذا في ب، وفي م و ط: والنفقات، وكان في الأصل في المتن.

(٤) أثبت من ب و م.

(٥) هكذا في ط، وكان في ب و م: متعبة.

البيت، كان للزوج أن يمتنع من الإدام أيضاً، ويعطيها خبز البر ما يمكن أكلها وحده، ويقول: هو طعام، وليس علي سوى الطعام، وكذلك إذا طلبت الفواكه كان للزوج أن يمتنع عن بعض الفواكه، وإن أعطاها خبز الشعير لا بدّ من الإدام؛ لأنه لا يمكن تناوله، ولكن لا يجبر على ذلك في الحكم، ومتى أفسدت الأعمال في البيت فالزوج يؤدي هذه الأشياء إليها، ويؤمر بذلك ديانة لا جبراً وحكماً.

ثم على ظاهر الرواية فرّق بين نفقة المرأة وبين نفقة خادمتها، فإنّ خادمتها إذا امتنعت عن هذه الأعمال، لا تستحق النفقة على زوجة مولاتها. والفرق وهو أنّ نفقة الخادم إنما تجب بإزاء الخدمة، فإذا امتنعت عن هذه الأعمال لم يوجد ما تستحق هي النفقة بمقابلتها، وأما نفقة المرأة إنما تجب بإزاء التمكين وقد مكّنت، فلا يجب عليها هذه الأعمال.

٤٢٣٨- هذا الذي ذكرنا كله إذا كان الزوج حاضراً، فأما إذا كان الزوج غائباً، وله مال حاضر في بيته، فطلبت من القاضي أن يفرض لها النفقة، فإن كان القاضي يعلم بالنكاح بينهما، فرض لها النفقة في ذلك المال؛ لأنّ هذا إيفاء حق المرأة وليس بقضاء على الزوج بالنفقة؛ لأنّ النفقة واجبة على الزوج بحكم الزوجية قبل قضاء القاضي، والقاضي عرف قيام الزوجية هنا، إنما الحاجة إلى [الإيفاء والاستيفاء و][1] الإيفاء لا يمتنع بسبب الغيبة، ألا ترى أنّ من أقرّ بدين ثم غاب وله مال حاضر من جنس الدين، فطلب صاحب الدين من القاضي الإيفاء، أجابه القاضي إلى ذلك، فههنا كذلك.

والأصل في ذلك: حديث هند على ما عرف، ولكن ينبغي للقاضي أن ينظر للغائب، وذلك في أن يحلّفها أنه لم يعطها النفقة؛ لجواز أن يكون أعطاها النفقة قبل أن يغيب، وهي تلبس على القاضي لتأخذ ثانياً، وإن حلفت أعطاها النفقة وأخذ منها كفيلاً، هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي في شرحه.

٤٢٣٩- وذكر في "أدب القاضي" للخصّاف: أنّ القاضي إن[2] استوثق منها بكفيل فحسن، وإن لم يأخذ كان جائزاً، قال الصدر الشهيد: والصحيح ما ذكر شمس الأئمة؛ لأنّ القاضي نصب ناظراً لكل من عجز عن النظر بنفسه، والغائب ههنا عجز النظر لنفسه بنفسه][3]، فيجب على القاضي أن ينظر له، ونظره[4] ههنا في أخذ الكفيل؛ لجواز أن يحضر

(١) هكذا في "ب" و"ز" و"م"، وفي الأصل و"ظ": الإيفاء إلا الإيفاء ... إلخ.

(٢) وفي "ظ": إذا.

(٣) هكذا في "ب".

تقيم بينة أنه كان قد أوفاها النفقة، أو يقيم بينة أنه أرسل إليها بالنفقة، فإن حضر الزوج وقال: كنت أوفيت النفقة، أو أرسلت إليها بالنفقة، فالقاضي يقول له: أقم البينة، فإن أقام بينة أمرها القاضي برد ما أخذت؛ لأنه ظهر عند القاضي أنها أخذت بغير حق، وللزوج الخيار إن شاء أخذها بذلك، وإن شاء أخذ الكفيل. وإن لم يكن للزوج بينة و[حلفت](٢) المرأة على ذلك، فلا شيء على الكفيل، وإن نكلت عن اليمين ونكل الكفيل، لزمها. وللزوج الخيار على ما قلنا.

١٢٤٠ - هذا إذا كان النكاح بينهما معلومًا للقاضي، فأما إذا لم يكن النكاح بينهما معلومًا للقاضي فأرادت المرأة أن تقيم البينة على النكاح، لم يقبل القاضي ذلك منها، ولا يعطيها النفقة عند علمائنا الثلاثة؛ لأن هذا قضاء على الغائب، لأن دفع ماله إليها لتنفق هي على نفسها لا يكون إلا بعد القضاء بالنكاح والزوجية، فيكون قضاء على الغائب فلا يجوز.

وعند زفر يسمع القاضي البينة منها، ولا يقضي بالنكاح، ويعطيها النفقة من مال الزوج، وإن لم يكن للزوج مال يأمرها بالاستدانة، فإن حضر الزوج وأقر بالنكاح أمره بقضاء الدين، وإن أنكر ذلك كلفها القاضي إعادة البينة، فإن لم تعد أمرها برد ما أخذت، ولم يقض لها بشيء مما استدانت على الزوج، فهذا قول زفر وهو قول أبي يوسف.

وذكر الخصاف قول أبي يوسف في النفقات، فيحتمل أن ما ذكره الخصاف في النفقات قول أبي يوسف الأول، كما نص عليه في مختصر الكافي. وكان أبو حنيفة أولاً يقول: يقضي بالنفقة(٣) على الغائب، وهو قول إبراهيم، ثم رجع إلى قول شريح فقال: لا يقضي. وعند محمد: لا يقضي قولاً واحدًا. وما يفعله القضاة في زماننا من قبول البينة من المرأة، وفرض النفقة على الغائب إنما ينفذ؛ لا لأنه قول علمائنا الثلاثة في ظاهر الرواية، لكن لكونه مختلفًا فيه. أما مع زفر أو مع أبي يوسف على ما ذكره الخصاف فينفذ؛ لكونه قضاء في فصل مجتهد فيه، وهو أرفق بالناس.

ثم على قول من يقول بفرض النفقة في هذه المسألة، لا تحتاج المرأة إلى إقامة البينة أن الزوج لم يخلف لها النفقة، والدليل عليه أن الخصاف ذكر في أدب القاضي أنها إذا ادعت أنها زوجة فلان، ولم يخلف لها نفقة، ثم قال: إن أقامت بينة أنها زوجة فلان، فالقاضي

(١) وفي م و ب: نظيره.

(٢) هكذا في ف و ب و م، وفي ط والأصل: حلف.

(٣) وفي ب: البينة

يفرض لها عند أبي يوسف رحمه الله تعالى، ولم يقل: إذا أقامت البيّنة أن الزوج لم يخلف لها النفقة.

٤٣٤١ - هذا الذي ذكرنا كله إذا كان المال في بيت الغائب، فإن أحضرت المرأة غريمًا للزوج، أو مودعًا في يديه مال الزوج، فإن كان القاضي يعلم بالنكاح وبالوديعة والدَّين، يقضي [لها بالنفقة][1] كما قلنا. وإن لم يكن الحال معلومة للقاضي، فإن كان المودع والمديون مقرَّين بالزوجية وبالمال، أمرهما القاضي بإعطاء النفقة من ذلك؛ لأنه ثبت النكاح والمال للغائب بتصادقهم جميعًا، فوجب على القاضي إيفاء حقها من ذلك المال كما لو كان هذا المال في بيت الزوج.

٤٣٤٢ - وإن أنفق المودع أو المديون على والد رب الدَّين، أو ولده، أو امرأته بغير أمر القاضي، ضمن المودع ولا يبرأ المديون، ولكن لا يرجع المنفق على من أنفق، وهذا بخلاف دين آخر على الغائب، فإن صاحب الدَّين لو أحضر غريمًا أو مودعًا للغائب، لم يأمره القاضي بقضاء الدَّين وإن كان مقرًا بالمال وبدينه.

والفرق هو أن القاضي إنما يأمره في حق الغائب بما[2] يكون نظرًا له وحفظًا لملكه عليه، وفي الإنفاق على زوجته من ماله حفظ ملكه عليه، وليس في قضاء الدَّين من ماله حفظ ملكه عليه، بل فيه قضاء عليه بدون الغير وهذا لا يجوز.

٤٣٤٣ - وإن جحد المال للغائب، أو جحد النكاح، أو جحدهما جميعًا، لم تقبل بيّنتها على شيء من ذلك، أما على المال فلأنها بهذه البيّنة تثبت الملك للغائب، وهي ليست بخصم في إثبات الملك للغائب، وأما على الزوجية فما ذكر في الكتاب أنه لا يقضي ببيّنتها على قول محمد رحمه الله تعالى، وهو قول أبي حنيفة الآخر وأبي يوسف الآخر، وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الأول، وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الأول، يقبل منها البيّنة، ولكن على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الأول [يقضي بينهما بالنكاح، وعلى قول أبي يوسف الأول لا يقضي، هكذا ذكر [له] الخصاف في نفقاته. وذكر القدوري قول أبي حنيفة الأول][3] والآخر كما ذكر الخصاف، ولم يتعرض لقول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وإنما تقبل هذه البيّنة منها على النكاح؛ لأنها بهذه البيّنة تثبت النكاح على الغائب، والمودع والمديون

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ، م، وب.

(٢) وفي النسخ التي عندنا: «ما».

(٣) أثبت من النسخ التي عندنا.

لها بخصم في إثبات النكاح على الغائب.

٤٣٤٤ - هذا الذي ذكرنا إذا كان للزوج مال حاضر، فأما إذا لم يكن له مال حاضر، وطلبت من القاضي أن يسمع بيّنتها على النكاح، ويفرض النفقة على الغائب، ويأمرها بالاستدانة، لم يجبها إلى شيء من ذلك؛ لأنّ هذا قضاء على الغائب، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الآخر، وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى. وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الأول - وهو قول زفر - يجيبها إلى ذلك، ذكر قول أبي حنيفة الأول في "السير الكبير"، وكان عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في جواز القضاء على الغائب روايتان، فكان هذا فصلاً مجتهداً فيه، وكان للقضاء فيه مجالاً.

٤٣٤٥ - وذكر في "أدب القاضي" للخصاف: إذا لم يكن للزوج مال حاضر والقاضي يعلم بالنكاح، وطلبت من القاضي أن يفرض لها النفقة ويأمرها بالاستدانة، لا يجيبها إلى ذلك خلافاً لزفر رحمه الله تعالى، وكان هذا فصلاً مجتهداً فيه، وكان للقضاء فيه مجال.

والذي ذكرنا في النفقة، فكذلك في الكسوة، هذا الذي ذكرنا كله إذا كان مال الغائب في بيته، وما كان وديعة عند إنسان من جنس حقها بأن كان دراهم أو دنانير، أو كان ثياباً من جنس كسوتها، أو كان طعاماً له. فأما إذا كانت الوديعة والمال الذي في بيت الزوج من خلاف جنس حقها، فليس لها أن تبيع شيئاً من ذلك في نفقة نفسها، وكذلك القاضي لا يبيع ذلك في نفقتها عند الكل.

أما عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى فلأنّ البيع إنما يكون بطريق الحجر، والحجر على الحر العاقل البالغ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يصحّ، وأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فكذلك الجواب؛ لأنّ عندهما إنما يبيع القاضي على الحاضر البيع، فأما الغائب: فلا يعلم امتناعه فلا يبيع، وينفق القاضي عليها من غلّة الدار أو العبد الذي هو للغائب؛ لأنّ ذلك من جنس حقها، ولكن ينظر للغائب على الوجه الذي قلنا قبل هذا.

٤٣٤٦ - قال في الكتاب عقيب هذه المسائل: وفي كل موضع[1] كان للقاضي أن يقضي لها بالنفقة في مال الزوج، فلها أن تأخذ من مال الزوج ما يكفيها بالمعروف بغير قضاء، قال عليه الصلاة والسلام لهند امرأة أبي سفيان: «خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف»[2].

(١) وفي ب: فعل.

(٢) قد تقدم تخريج الحديث

إذا فرض للأقارب الكسوة والنفقة ، فضاعت من أيديهم قبل مضي الوقت ، فرض لهم مرة أخرى . والفرق وهو أن نفقة الأقارب إنما تستحق باعتبار الحاجة ، ولهذا لا يستحق مع الغناء ، ومتى ضاعت الكسوة والنفقة قبل الوقت فقد تجددت الحاجة .

٤٣٥٠ - أما نفقة المرأة فلا تستحق باعتبار الحاجة ، ولهذا استحقت المرأة النفقة مع الغناء ، وإنما تستحق كفاية ، وبالضياع قبل مضي المدة لا يتبين أنها لم تكن كافية في تلك المدة ، فأما إذا مضت المدة وكسوة المرأة باقية ، فإن لم تستعمل تلك [المدة] [1] الكسوة أصلاً حتى مضى الوقت ، يفرض القاضي لها كسوة أخرى إذ لم يظهر خطأ القاضي في التقدير ، فإن استعملت تلك الكسوة واستعملت معها كسوة أخرى في تلك المدة ، يفرض لها كسوة أخرى ؛ لأنها لما استعملت مع هذه الكسوة كسوة أخرى ، لا يفرض لها كسوة أخرى [في تلك المدة ، لم يظهر خطأ القاضي في التقدير ، وإن لم تستعمل مع هذه الكسوة كسوة أخرى ، لا يفرض لها كسوة أخرى] [2] ؛ لأنه ظهر خطأ القاضي في التقدير ، حيث وقت وقتاً يبقى الكسوة وراء ذلك الوقت .

٤٣٥١ - فرق بين هذا وبينما إذا فرض لها القاضي عشرة دراهم نفقة شهر ، فمضى الشهر ، وقد بقي من العشرة شيء ، حيث يقضي لها القاضي بعشرة أخرى . والفرق أن في باب النفقة لم يظهر خطأ القاضي في التقدير بيقين ؛ لجواز أنه إنما بقي من العشرة شيء ، لتقتير وجد منها في الإنفاق على نفسها ، فبقي التقدير معتبراً ، فيقضي القاضي لها بعشرة أخرى . أما في باب الكسوة إذا لبست جميع المدة ولم يتخرق ، فقد ظهر خطأ القاضي في التقدير بيقين ؛ لأنا تيقنا أنه لم يوجد منها التقتير في اللبس .

٤٣٥٢ - فرق بين نفقة الزوجات وكسوتهن ، وبين نفقة المحارم وكسوتهم ، فإن في الأقارب إذا مضى الوقت ، وبقي شيء من الدراهم أو بقيت الكسوة ، فالقاضي لا يقضي بأخرى في الأحوال كلها . والفرق ما ذكرنا أن نفقة الأقارب وكسوتهم إنما تستحق باعتبار الحاجة ، وما بقي شيء من الدراهم أو بقيت الكسوة ، فلا حاجة إلى الأخرى ، فأما نفقة المرأة فإنما تستحق عوضاً عن الاحتباس في بيت الزوج ، من وجه دون وجه . والقاضي إنما جعل هذا المال عوضاً من احتباس مقدر ، فإذا لم يظهر خطأ القاضي في التقدير بيقين ، حصل احتباس آخر لم يأخذ بإزائه عوضاً ، فيقضي لها بأخرى ، فهذا هو الفرق بينهما .

(١) أثبت من ظ .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبته من ظ وم وف .

٤٣٥٣ - قال : وإذا فرض القاضي لها ما لا يكفيها ، فلها أن ترجع من ذلك ؛ لأنه ظهر خطأ القاضي حيث قضى بما لا يكفيها ، فعليه أن يتدارك الخطأ بالقضاء لها بما يكفيها . وكذلك إذا فرض على الزوج زيادة على ما يكفيها ، فله أن يمتنع من الزيادة ؛ لأنه ظهر خطأ القاضي حيث فرض لها زيادة على ما يكفيها . وذكر في الحاوي في "الفتاوى" : أن القاضي إذا فرض لها بالأقل من الدراهم ، لرخص الطعام مثلاً أو كان على العكس ، كان لها أن تطلب بالزيادة ، وله أن يمتنع عن الزيادة .

٤٣٥٤ - قال : وإذا فرض على المعسر نفقة المعسرين ثم أيسر ، يفرض عليه نفقة الموسرين عند طلبها ؛ لأن النفقة تجب شيئاً فشيئاً على ما يأتي بعد هذا ، فيعتبر حاله في كل وقت ، فكما لا يستأنف القضاء بنفقة المعسرين بعد اليسار ، لا يستديم ذلك القضاء - والله أعلم - .

نوع آخر في نفقة خادم الزوجة :

٤٣٥٥ - قال في الكتاب : وإذا كان زوج المرأة موسراً ، وللمرأة خادمة واحدة فرض على الزوج نفقة ملك الخادمة ؛ لأنه لا بد لها من خادم واحد يقوم بخدمتها ، ويهيئ لها أمور بيتها ، حتى تتفرغ المرأة لحوائج الزوج ، وكان ذلك من حوائج المرأة ، ومنفعته تعود إلى الزوج ، فيكون ذلك على الزوج ، ألا ترى أنه كما يفرض القاضي كفايته في بيت المال ، يفرض كفاية خادمه ، كذا ههنا .

٤٣٥٦ - وهذا إذا كانت المرأة حرة ، فإن كانت أمة لا تستحق نفقة الخادم على زوجها ؛ لأن الأمة خادمة في نفسها ، فلا تستحق نفقة الخادم ، فإن كان لها خادمان أو أكثر على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، لا يفرض لأكثر من خادم واحد ؛ وقال أبو يوسف : يفرض للخادمين ؛ لأنها تحتاج إلى خادمين يقوم أحدهما بأمور داخل البيت ، والآخر بأمور خارج البيت . ولهما أن حاجة المرأة ترتفع بخادم واحد عادة ، وما زاد على ذلك للزينة والتجمل ، ووجوب النفقة على الزوج للكفاية دون الزينة والتجمل .

فرّق أبو حنيفة ومحمد بين الزوجة والأولاد ، فإنه إذا كان للموسر أولاد لا يكفيهم خادم واحد ، يفرض عليه نفقة خادمين . والفرق وهو أن المرأة الواحدة يكفيها خادم واحد عادة ، والزيادة على الواحد غير محتاج إليه عادة ، أما الأولاد إذا كثروا فلا يكفيهم خادم واحد ، فجاز أن يفرض عليه نفقة خادمين أو أكثر مقدار ما يكفيهم ، والاختلاف في هذه المسألة نظير

اختلافهم في الغازي إذا قاد فرسين لا يسهم إلا لفرس واحد عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف يسهم للفرسين.

٤٣٥٧- وذكر في فتاوى أهل سمرقند: أن المرأة إذا كانت من بنات الأشراف، ولها خدام كثيرة، يجبر الزوج على نفقة خادمين؛ لأن مثل هذه المرأة تحتاج إلى خادمين، ليقوم أحدهما بأمور داخل البيت، والآخر بأمور خارج البيت من الرسالة وغيرها.

٤٣٥٨- وعن أبي يوسف في رواية أخرى: أن المرأة إذا كانت فائقة بنت فائق [زفت][1] إلى زوجها مع خدم كثيرة، استحقت نفقة الخدم كلها على الزوج، فإن قال الزوج لامرأته: لا أنفق على أحد من خدمك، ولكن أعطي خادماً من خدمي ليخدمك، فأبت المرأة، لم يكن للزوج ذلك، ويجبر على نفقة خادم واحد من خدم المرأة؛ لأن المرأة عسى لا يتهيأ لها الاستخدام بخدم الزوج.

قال: وإن لم يكن للمرأة خادم لا يفرض نفقة الخادم على الزوج في ظاهر الرواية عن أصحابنا الثلاثة؛ لأن استحقاقها نفقة الخادم باعتبار ملك الخادم، فإذا لم يكن لها خادم، كيف تستوجب نفقة الخادم؟ وهو نظير القاضي إذا لم يكن له خادم، لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال، كذا ههنا.

٤٣٥٩- هذا الذي ذكرنا إذا كان الزوج موسراً، وأما إن كان معسراً لم يفرض عليه نفقة الخادم، في رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله وإن كان لها خادم، وقال محمد: يفرض إذا كان لها خادم [وجه قول محمد: أنه إذا كان لها خادم][2]، فهذه المرأة لم تكتف بخدمة نفسها، ويجب على الزوج نفقة خادمها كما في حالة اليسار. وجه رواية الحسن عن أبي حنيفة: أن المرأة قد تكتفي بخدمة نفسها، واستعمال الخادم لزيادة الترفة[3]، وذلك معتبر في حالة اليسار دون حالة الإعسار؛ لأن المعسر يلزمه أدنى الكفايات، ولا يلزم الزيادة على ذلك.

ثم اختلف مشايخنا في الخادم، أن أي خادم من خدم المرأة يستحق النفقة على الزوج؟ منهم من قال: المملوكة لها حتى لو كانت حرة، أو لم تكن مملوكة لها لا تستحق، ومنهم من قال: كل من يخدمها، حرة كانت أو مملوكة لها أو لغيرها، تستحق النفقة.

---

(١) هكذا في "ب" و"ف" و"ظ"، وكان في الأصل: "شرفت".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من "ظ" و"م" و"ف".

(٣) وفي "ب" و"ف": "لزيادة الزينة".

٤٣٦٠ - قال: ولا يقدّر نفقة الخادم بالدراهم على ما ذكرنا في نفقة المرأة، بل يفرض لها ما يكفيها بالمعروف، ولكن لا تبلغ نفقة خادمها نفقة نفسها؛ لأن الخادم تبع للمرأة، فتنقص نفقة الخادم عن نفقتها حتى يظهر مزيتها على الخادم.

٤٣٦١ - قال: فإن كان للمرأة مماليك كثيرة، فإنما يجب على الزوج نفقة خادم واحد عند أبي حنيفة(١) ومحمد رحمهما الله، فقالت المرأة للزوج: أنفق عليهم من مهري، فأنفق، فقالت هي: لا أحتسب من مهري؛ لأنك استخدمتهم(٢). قال في «فتاوى أبي الليث»: ما أنفق عليهم بالمعروف فهو محسوب منه؛ لأنه أنفق ما يجب على المرأة بأمر المرأة، والمرأة على الزوج المهر، فبقدر ما أنفق عليهم بالمعروف يكون محسوبًا منه.

٤٣٦٢ - قال في «الكتاب»: وفي كل موضع يفرض القاضي نفقة الخادم على الزوج، يفرض كسوة الخادم أيضًا، والكسوة للخادم على المعسر في الشتاء قميص كرباس، وكساء كأخس ما يكون، وفي الصيف قميص مثل ذلك وإزار، وعلى الموسر في الشتاء قميص زطي، وإزار كرباس، وكساء وخفين، وفي الصيف قميص مثل ذلك وإزار، فقد أوجب لها في الشتاء من الكسوة أكثر مما أوجب في الصيف، والمعنى ما ذكرنا في المرأة. ثم لم يفرض لخادمها الخمار [وقد ذكرنا في كسوة المرأة الخمار](٣)، وإنما كان هكذا لأن الحاجة في الخمار ستر الرأس، ورأس المرأة عورة، فأما رأس الخادمة ليس بعورة، وفرض لها الإزار [لأن الخادمة تحتاج إلى الخروج لشغل المولى خارج البيت، فتحتاج إلى الإزار](٤)، وقد ذكرنا اختلاف المشايخ في إزار المرأة.

٤٣٦٣ - قال في «الكتاب»: وخادم المرأة المكعب أو الخف بحسب ما يكفيها، فقد فرض للخادم المكعب أو الخف، ولم يفرض ذلك للمرأة؛ لأنه لا حاجة للمرأة إلى ذلك، فإنها لا تحتاج إلى الخروج والبروز، والخادم يحتاج إلى ذلك. قال مشايخنا: وما ذكر محمد في الكتاب من ثياب الخادم وكسوتها، فهو بناء على عاداتهم، وذلك يختلف باختلاف الأمكنة في شدة الحر والبرد، وباختلاف العادات في كل وقت، فعلى القاضي اعتبار الكفاية في نفقة الخادم فيما يفرض في كل وقت ومكان، على ما ذكرنا في كسوة المرأة، إلا أنه لا يبلغ كسوة

---

(١) هكذا في النسخ التي بين أيدينا، وكان في الأصل: أبي يوسف.

(٢) وفي ب، ف: تستخدمهم.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ط، ب، ف.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ط، ب، ف.

الخادم كسوة المرأة؛ لما ذكرنا في النفقة - والله أعلم -.

نوع آخر في الخصومة في نفقة الأزمنة الماضية:

٤٣٦٤ - قال: وإذا خاصمت المرأة زوجها في نفقة ما مضى من الزمان، قبل أن يفرض القاضي لها النفقة، وقبل أن يتراضيا على شيء، فإن القاضي لا يقضي لها بنفقة ما مضى عندنا، وعند الشافعي يقضي، وأجمعوا أن بعد فرض القاضي لها النفقة، أو بعد تراضيهما على شيء لنفقة كل شهر [يقضي لها. و][1] لو غاب الزوج عنها شهراً، أو حبس، أو كان حاضراً وامتنع من الإنفاق، وقد استدانت على الزوج أو أكلت من مال نفسها، كان لها أن تأخذ الزوج بنفقة ما مضى.

٤٣٦٥ - وأصل المسألة: أن نفقة الزوجات تصير ديناً بقضاء القاضي، أو بتراضيهما على شيء معلوم لكل شهر بالاتفاق. وأما قبل قضاء القاضي وقبل تراضيهما، فلا تصير ديناً عندنا، وعند الشافعي تصير ديناً. وجه قول الشافعي رحمه الله: أن النفقة عوض عن الاحتباس في بيت الزوج؛ لمنفعة[2] تعود إلى الزوج، بدليل أنه إذا فات الاحتباس بأن نشزت لا تستحق النفقة، والأعواض تصير ديناً من غير قضاء ولا رضاء، متى وجد سببه، كما في الأجرة والثمن. وإنا نقول بأن النفقة عوض من وجه، صلة من وجه؛ لأن النفقة بإزاء الاحتباس، وفي الاحتباس إن كان حق الزوج من حيث الاستمتاع، وقضاء الشهوة منها، وإصلاح أمر المعيشة، ففيه حق الشرع من حيث تحصين الولد، وصيانة كل واحد منهما عن الزنا، فمن حيث إن الاحتباس حق الزوج إن أمكن جعل النفقة عوضاً عنه، فمن حيث إنه حق الشرع، وإقامة حق الشرع مستحق على كل إنسان لا يصلح أن يكون عوضاً عنه، فكان عوضاً من وجه، صلة من وجه، فمن حيث إنه صلة لا تصير ديناً من غير قضاء ولا رضا، كنفقة الأقارب، ومن حيث إنها عوض تصير ديناً إذا وجد القضاء، أو التراضي عملاً بالدليلين بقدر الإمكان.

٤٣٦٦ - وكذلك لو استدانت المرأة على زوجها نفقة مثلها قبل فرض القاضي، وقبل التراضي بينهما على شيء، فإنها لا ترجع بذلك على الزوج؛ لأنها لو رجعت إما أن ترجع بحكم أنها صارت مستدينة على الزوج، ولا وجه إلى ذلك؛ لأنه ليس لها ولاية إيجاب الدين على الزوج، وإما أن ترجع بحكم أن نفقتها صارت ديناً في ذمته، ولا وجه إليه أيضاً؛ لما

(١) أثبت من ... ف.

(٢) كذا في ظ، وكان في الأصل: لنفقة.

ذكرنا أن نفقة الزوجة لا تصير دينًا إلا بقضاء القاضي [أو بالتراضي] [1]، ولم يوجد شيء من ذلك هنا، وتفسير الاستدانة على الزوج يأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى.

قال شمس الأئمة السرخسي في شرح النكاح في باب النفقة في الطلاق: إن هذا الجواب قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الآخر. أما على قوله الأول كان لها أن ترجع بنفقة مثلها على الزوج، وكان على قول أبي حنيفة الأول نفقة الزوجة تصير دينًا على الزوج قبل قضاء القاضي، وقبل التراضي بينهما، كما هو قول الشافعي رحمه الله تعالى.

٤٣٦٧ - قال: إذا فرض لها القاضي على الزوج كل شهر كذا، أو تراضيا على نفقة كل شهر، فمضت أشهر ولم يعطها شيئًا من النفقة، وقد كانت استدانت وأنفقت، أو أنفقت من مال نفسها، ثم مات الزوج أو ماتت المرأة سقط ذلك كله عندنا، وعند الشافعي رحمه الله تعالى لا يسقط، بناء على أن النفقة عندنا تستحق استحقاق الصلات من وجه، والصلات تسقط بالموت قبل القبض، وعند الشافعي رحمه الله تعالى تستحق استحقاق العوض من كل وجه، والعوض لا يسقط بالموت قبل القبض. ونظير هذا في الكتاب إذا وجبت عليه الجزية ثم مات، وهناك لا تستوفى الجزية من التركة، كذا هنا.

٤٣٦٨ - وكذلك لو طلقها الزوج [في هذا الوجه] [2] يسقط ما اجتمع عليه من النفقات بعد فرض القاضي، هكذا حكي عن القاضي الإمام أبي [علي] [3] الحسين بن الحسين النسفي رحمه الله تعالى، وكان يقول: وجدنا رواية هذه المسألة في كتاب الطلاق.

٤٣٦٩ - [وذكر في فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: إذا وقعت الخصومة بين الزوجين في أمر النفقة، فتوسط أب الزوج وأعطاها شيئًا، ثم طلقها الزوج ليس للأب استرداد ما تطوع به] [4]، وشبه بالذمي إذا اجتمع عليه خراج رأسه ثم أسلم، يسقط عنه ما كان اجتمع عليه.

ووجه التشبيه: أن الذمي إنما كان يؤخذ منه خراج الرأس [5]، لإصراره على الدين الباطل، وقد زال ذلك المعنى بالإسلام فسقط الجزية، كذا هنا المرأة إنما تستحق النفقة بالوصلة التي كانت بينهما، وتلك الوصلة قد انقطعت بالطلاق.

(١) أثبت من ب، و ف، و ظ.

(٢) أثبت من ب، و ف، د، م.

(٣) أثبت من ب، و ف.

(٤) أثبت من ب، و ف.

(٥) وفي ف: ثم أسلم.

نوع آخر في الاختلاف الواقع بين الزوجين
في دعوى اليسار والإعسار:

٤٣٧٣ - قال في الكتاب: روي أن امرأة اختصمت مع زوجها إلى أبي يوسف في نفقتها، فقال الزوج: ليس عندي نفقة، فقال لها أبو يوسف رحمه الله تعالى: خذي عمامته وانقضيها على نفسك، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: يحتمل أن أبا يوسف عرف أن له عمامة أخرى، فأما إذا لم يكن له عمامة أخرى لا يجب عليه أن يبيع هذه العمامة في النفقة، ولا في سائر الديون. وفي شرح أدب القاضي للخصاف: أنه لا يجب عليه أن يبيع مسكنه وخادمه، لأن هذا ليس[1] من أصول حوائجه، وحاجته مقدمة على سائر الديون، ويبيع ما سوى ذلك.

ومن المشايخ رحمهم الله تعالى من قال: لا يجب عليه بيع الإزار، لأن له حاجة إلى الإزار، وهي الحاجة إلى ستر العورة، فأما ما سوى الإزار فيجب عليه أن يبيع إلا إذا كان في موضع برد، فحينئذ يترك لنفسه ما يدفع به ضرر البرد، ويبيع ما سوى ذلك، ومن المشايخ من قال: يترك لنفسه شيئاً[2] من الثياب، ويبيع ما سوى ذلك، وإليه مال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى، ومن المشايخ من قال: تركت[3] لنفسه دستين، ويبيع ما سوى ذلك، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى، وهذا لأن الحاجة ماسة إلى دستين، فإنه إذا غسل إحداهما يحتاج إلى الآخر، فأما إذا كان له ثياب حسنة يمكنه الاكتفاء بما دون ذلك، يبيع ثيابه ويشتري بالبعض ثوباً يكفيه، وبالباقي يقضي الدين، وينفق على زوجته، به ورد الأثر، هكذا ذكر في شرح أدب القاضي للخصاف في باب الملازمة.

٤٣٧٤ - قال محمد رحمه الله تعالى في الكتاب: وإذا فرض القاضي نفقة المرأة على الزوج، فامتنع الزوج من الإنفاق، وقال: أنا معسر، وقالت المرأة: بل هو موسر، وطلبت المرأة من القاضي أن يحبسه بذلك فإنه لا يحبسه القاضي أول مرة؛ لأن الحبس عقوبة لا يستوجبها إلا الظالم، ولم يظهر ظلمه في أول مرة فلا يحبسه، ولكن يأمره بالإنفاق، ويخبره

(١) كذا في الأصل، والصحيح في ظ: لأن هذا من أصول حوائجه، بدون ليس.

(٢) وفي [illegible] مكان شيئاً.

(٣) وفي ظ: يترك لنفسه ... إلخ.

أنه يحبسه][1] إن عاودت، وإذا عاودت إليه مرتين أو ثلاثًا، حبسه لظهور ظلمه، وإذا حبسه لا يسقط عنه النفقة، ويؤمر بالاستدانة حتى يرجع على الزوج إذا ظهر له مال؛ وإنما كان هكذا لأن هذا حبس بحق، وقد وجد المنع من جهته، فيلزمه النفقة لما يستقبل وهو في الحبس، فإن طالبته بالنفقة وسألت القاضي أن يفرض لها عليه نفقة، فعل ذلك ويكون ما اجتمع لها عليه من النفقة بعد الفرض دينًا مع الصداق، فيستديم الحبس إلى أن يوفي الكل على ما يأتي بعد هذا.

٤٣٧٥ - فإن قال الزوج للقاضي: احبسها معي، فإن لي موضعًا في الحبس خاليًا، فالقاضي لا يحبسها معه، ولكنها تصير في منزل الزوج، ويحبس الزوج لها، هكذا ذكر هنا.

٤٣٧٦ - وذكر في الدعوى والبينات في قسم الفتاوى من «أدب القاضي»: وقد قيل ينبغي للقاضي أن لا يحبسها[2]؛ لأنه إذا حبست زوجها ولم تحبس هي، تذهب حيث تريد. وقيل: القاضي يقول لها: إذا أردت حبس الزوج لو حبست زوجك حبستك معه، وإلا فلا أحبس الزوج، وعلى التقديرين جميعًا يقع الأمن عن ذهابها إلى ما تريد، ثم على ما ذكر في الكتاب إذا حبسه القاضي، إن علم أنه محتاج خلّى سبيله؛ لأنه يستحق النظر إلى ميسرة بالنص.

٤٣٧٧ - قال: وينبغي للقاضي إذا حبس الرجل شهرين أو ثلاثة، في نفقة أو دين أن يسأل عنه، وفي بعض المواضع ذكر أربعة أشهر، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: ستة أشهر، وفي رواية الطحاوي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: شهر.

والصحيح أنه ليس فيه تقدير لازم؛ لأن الحبس للإضجار، وذلك مما يختلف فيه أحوال الناس، فيكون ذلك مفوضًا إلى رأي القاضي، فإن وقع في رأي القاضي أن هذا الرجل يضجر بهذه المدة، ويظهر المال إن كان له مال، يسأل عن حاله بعد ذلك.

٤٣٧٨ - وذكر هشام في «نوادره» عن محمد رحمه الله تعالى: أن للقاضي أن يسأل عن حاله، ولم يعتبر في ذلك المدة، وإذا سأل عنه وقامت البينة على عسرته، أخرجه القاضي من الحبس، ولا يحتاج إلى لفظة الشهادة، بل إذا أخبر بذلك يكفي. قال الشيخ الإمام المعروف بخواهر زاده رحمه الله تعالى: هذا السؤال من القاضي بعد مضي حبسه احتياط وليس بواجب؛ لأن الشهادة بالفقر شهادة بالنفي، والشهادة بالنفي ليست بحجة، فكان للقاضي أن

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ و ب و ف.

(٢) في ظ: ينبغي للقاضي أن يحبسها، ولعله هو الصحيح.

لا يسأل ولا يعمل برأيه، ولو سأل مع هذا كان أحوط وأنفى للتهمة عن القاضي. ثم إذا أخبر أنه معسر وخلّى سبيله لا يحول بين الطالب وبين الملازمة عندنا؛ لما روي عن النبي ﷺ: أنه قال: «لصاحب الحق اليد واللسان»[1]، والمراد باليد الملازمة.

٤٣٧٩ - وإن أقام المحبوس بيّنة على عسرته، وأقام صاحب الحق بيّنة على يساره، أخذ ببيّنة صاحب الحق؛ لأن بيّنته أثبت أمرًا عارضًا ليس بثابت، وبيّنة المحبوس تثبت أمرًا أصليًا وهو الفقر، فكانت بيّنة صاحب الحق أكثر إثباتًا، فكانت أولى بالقبول. فإن أقامت[2] البيّنة على عسرته قبل الحبس، هل يقبل القاضي ذلك؟ فيه روايتان، في إحدى الروايتين يقبل، وبه كان يفتي الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى، وفي رواية أخرى لا يقبل، وبه كان يفتي عامة المشايخ رحمهم الله تعالى، وهو الصحيح.

٤٣٨٠ - قال: وإن كان المحبوس غنيًا أدام[3] القاضي حبسه حتى يؤدي النفقة أو الدين، بعد ذلك إن كان ماله من جنس النفقة والدين، أدّى القاضي ذلك من ماله، وإن كان [ماله][4] عروضًا أو عقارًا، فالقاضي لا يبيع شيئًا من ذلك، لا في النفقة ولا في الدين إلا برضاه، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وعلى قولهما: يبيع عروضه في النفقة والدين، رواية واحدة، ويبيع العقار أيضًا على أظهر الروايات عنهما، ذكر قولهما في العروض في ظاهر الرواية، وفي العقار، وجميع الأموال في "أدب القاضي" للخصاف، في باب الحبس في الدين.

٤٣٨١ - ثم إذا ثبت للقاضي ولاية البيع عندهما يبدأ بالعروض، فإذا لم يف ثمن العروض بالدين والنفقة، يشتغل حينئذ ببيع العقار. وترتيب الأموال في قضاء الدين في زكاة الجامع على سبيل الاستقصاء.

ثم قال الشيخ الإمام خواهر زاده رحمه الله تعالى في شرحه: فيما ذكر في هذه المسألة إشارة إلى أن القول قول المرأة في أنه قادر على الإنفاق، فإنه لو كان القول قول الزوج: إنه عاجز، لكان لا يحبسه القاضي وإن عادت إليه مرارًا.

(١) قال الزيلعي في نصب الراية ج ٤ كتاب الحجر. قال عليه السلام: «لصاحب الحق يد ولسان»، رواه الدارقطني في سننه في الأقضية ص ٤٩٣، وكذلك أخرجه ابن عدي في الكامل.

(٢) وفي م: قبلت.

(٣) وفي ب: أمر.

(٤) أثبت من ب و م ز ظ.

٤٣٨٢ - وذكر في "كتاب الحوالة والكفالة": أنه إذا وجب المهر على إنسان، ولم يؤد وادعى أنه معسر، وادعت المرأة أنه قادر [على الإنفاق][1]، فالقول قول المرأة حتى يحبسه القاضي إذا عادت إليه مرتين أو ثلاثًا، فقد سوى في ظاهر الرواية بين النفقة، والمهر، والقرض، وثمن المبيع.

وذكر الخصّاف في "أدب القاضي" عن أصحابنا رحمهم الله تعالى: أنّ في النفقة والمهر القول قول الزوج، حتى لا يحبس الزوج ما لم تثبت المرأة يساره، فصار في النفقة والمهر روايتان[2]، فعلى ظاهر الرواية جعل الإقدام على النكاح إقرارًا بالقدرة على النفقة والمهر، وعلى رواية الخصّاف [لم يجعل][3]، هكذا ذكره شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهر زاده".

٤٣٨٣ - وذكر محمد رحمه الله تعالى في "الأصل": إذا وقع الاختلاف بين المرأة والزوج، فقال الزوج: أنا معسر، وعليّ نفقة المعسرين، وقالت المرأة: لا، بل أنت موسر، وعليك نفقة الموسرين، فالقول قول الزوج مع يمينه، وعلى المرأة البيّنة؛ لأنّ الفقر في الناس أصل، فالزوج يتمسّك بما هو الأصل، فيكون القول قوله مع يمينه، وهكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى في شرحه، ولم يذكر أنّ هذه المسألة على الروايتين.

وإنما كان هكذا؛ لأنّ الإقدام على النكاح يمكن أن يجعل إقرارًا بالقدرة على [أصل النفقة، أما لا يمكن أن يجعل إقرارًا بالقدرة على][4] نفقة الموسرين، فلهذا كانت هذه المسألة على رواية واحدة. ومن المتأخرين رحمهم الله تعالى من قال في المسألة الثانية: يحكّم فيه زيّه، فإن كان عليه زيّ الأغنياء لم يقبل قوله أنه معسر؛ لأن الزيّ علامة على غناه، وما ظهر من العلامة يجعل حكمًا عند انعدام دليل فوقه، قال الله تعالى: ﴿وَلَوْ أَرَادُوا الْخُرُوجَ لَأَعَدُّوا لَهُ عُدَّةً﴾[5]، وقال الله تعالى في قصة يوسف عليه الصلاة والسلام: ﴿وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ﴾[6]، فهذا دليل على أنّ ما ظهر من العلامة يجعل حكمًا، فيجعل

---

(١) أثبت من "ظ".

(٢) وفي "ظ": معسر في النفقة والمهر لم يجعل هكذا روايتان، فعلى ظاهر الرواية... إلخ.

(٣) هكذا في "ب" و"م" و"ظ"، وكان في الأصل: لم يذكر.

(٤) أثبت من "ب" و"ظ".

(٥) التوبة: ٤٦.

(٦) يوسف: ٢٦.

الزي حكماً إلا في حق الفقهاء والعدول؛ فإنهم يتكلفون الزي مع العسرة؛ لعظمهم الدين، فلا يجعل للزي في حقهم حكماً لظهور العادة بخلافه.

٤٣٨٤ - فعلى هذا القول إن كان على الزوج زي الفقراء، وادعت المرأة أن هذا زي غير زيه، وكان عليه زي الأغنياء قبل أن يحضر مجلس القضاء، فإن القاضي يسألها البينة، فإن أقامت البينة [على ذلك، سمع القاضي وجعل القول قولها. وإذا لم يمكنها إقامة البينة][1] للحال، يحكم زيه في الحال، ويجعل القول قول الزوج.

٤٣٨٥ - ثم فرع على المسألة الثالثة فقال: على ظاهر الرواية: إذا لم يكن للمرأة بينة على يساره، فسألت القاضي أن يسأل عن يسار الزوج في السر، فليس على القاضي ذلك؛ لأن القاضي وجد دليلاً يعتمده لفصل الحكم، وهو استصحاب الأصل، فليس عليه أن يطلب دليلاً آخر.

٤٣٨٦ - وإن سأل فأتاه بينة أنه موسر، لا يفرض القاضي عليه نفقة الموسرين، إلا أن يخبره رجلان عدلان أنه موسر، ويكونان بمنزلة الشاهدين يشهدان على يساره، ولا يحتاج إلى لفظة الشهادة؛ لأن في النفقة حق الله تعالى، وحق المرأة؛ لأنها وجبت بإزاء الاحتباس، والاحتباس حق الله تعالى وحق الزوج على ما ذكرنا، فما وجب بمقابلة الاحتباس يكون حق الله تعالى، وحق الله تعالى يثبت بقول الواحد منهم بالخبر أو أخبر، وحق العبد لا يثبت إلا بقول اثنين بلفظ الشهادة. فإذا كان [بين][2] حق الله تعالى و[بين][3] حق العبد عملنا بهما فشرطنا العدد من حيث إنه حق العبد، واكتفينا بالخبر من حيث إنه حق الله تعالى، عملاً بالدليلين بقدر الإمكان.

وإن قالا: بلغنا أنه موسر، أو سمعنا أنه موسر، لا يثبت اليسار بذلك؛ لأنهما ما قالا: علمنا، وإنما قالا: بلغنا أو سمعنا، وقد يبلغ الإنسان الباطل كما يبلغه الحق، وكذلك يسمع الكذب، كما يسمع الصدق، فلا يثبت اليسار بمثل هذا الخبر. هذا الذي ذكرنا إذا لم يكن حال الزوج في العسرة معلوم للقاضي، وأما إذا كان معلوماً للقاضي، فالقاضي لا يحبسه؛ لأن الحبس جزاء الظالم، ولم يظهر الظلم منه، ولا يفرق بينهما أيضاً عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى، والمسألة معروفة.

(١) أثبت من ... [illegible]

(٢) أثبت من ... [illegible]

(٣) أثبت من ... [illegible]

٤٣٨٧- ثم إذا لم يفرق القاضي بينهما عندنا، ولم يحبس الزوج، ماذا يفعل؟ يأمر المرأة بالاستدانة على الزوج حتى ترجع إليه إذا أيسر. فرّق بين هذا وبين سائر الديون، فإنّ في سائر الديون من عليه الدَّين إذا عجز عن قضاء الدين، لا يؤمر [صاحب الدَّين][1] بالاستدانة [عليه][2]، وههنا بعد ما فرض القاضي لها النفقة، يؤمر بالاستدانة على الزوج.

ووجه الفرق بينهما: أنّ المرأة لو لم تؤمر بالاستدانة على الزوج بعد فرض القاضي، عسى أن تموت هي أو يموت الزوج، فتسقط نفقتها على ما مرّ، وإذا سقط لا يفيد القضاء بالنفقة لها شيئاً، فتؤمر هي بالاستدانة حتى لا يبطل حقها بموت أحدهما، فكان الأمر بالاستدانة من القاضي بعد فرض النفقة لتأكيد حقها في النفقة، وهذا المعنى معدوم في سائر الديون، فلهذا افترقا.

٤٣٨٨- وإذا أمرها القاضي بالاستدانة على الزوج، فقد ذكر محمد رحمه الله تعالى: [لترجع بذلك على الزوج][3] إذا أيسر؛ لأن استدانتها بأمر القاضي على الزوج، وللقاضي ولاية كاملة عليهما كاستدانتها من الزوج، فقد ذكر محمد الاستدانة على الزوج، ولم يبيّن تفسيرها، وذكر في "أدب القاضي" للخصاف: أنّ تفسير الاستدانة على الزوج، الشراء بالنسيئة؛ ليقضي الثمن من مال الزوج.

قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: وليس فائدة الأمر بالاستدانة بعد فرض القاضي، ثبات حق الرجوع للمرأة على الزوج؛ لأن بعد فرض القاضي صارت النفقة ديناً للمرأة على الزوج، وثبت لها حق الرجوع بالنفقة على الزوج، سواء أكلت من مال نفسها، أو استدانت بأمر القاضي، أو بغير أمر القاضي، لكن فائدة الأمر بالاستدانة أنها إذا استدانت على الزوج بأمر القاضي، كان لرب الدَّين أن يرجع بذلك على الزوج، وبدون الأمر بالاستدانة ليس لرب الدَّين أن يرجع بذلك على الزوج، ولكن رب الدَّين يرجع على المرأة.

٤٣٨٩- ثم المرأة ترجع بما فرض لها القاضي على الزوج؛ وهذا لأن الاستدانة على الزوج إيجاب الدَّين في ذمة الزوج، فإذا حصل بأمر القاضي فقد حصل ممن له ولاية تامة على الزوج، أما إذا حصل لا بأمر القاضي فقد حصل إيجاب الدَّين في ذمة الزوج من المرأة، وليس لها على الزوج هذه الولاية.

(١) اثبت من ب و ظ.

(٢) اثبت من ب و م.

(٣) أثبت من ظ

٤٣٩٤ - وكذلك لو اصطلحا على أن يعطيها الزوج كل شهر خمسة عشر درهماً، والزوج يدفع ذلك ينوي ابتداء مهرها، ومضى على ذلك زمان ثم اختلفا، فالقول قول الزوج لما قلنا.

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: ومتى جعل القول قول الزوج، أن المدفوع من المهر كان للمرأة أن تأخذ من الزوج قدر ما فرض لها القاضي، وقدر ما اصطلحا عليه من وقت الفرض، والاصطلاح إلى هذا الوقت الذي اختلف فيه؛ لأن باصطلاحهما وقضاء القاضي صارت النفقة ديناً في ذمة الزوج، فكان لها أن تطالبه بذلك الدين.

٤٣٩٥ - قال: وإذا وقع الاختلاف بين المرأة والزوج فيما وقع الصلح عليه، أو فيما وقع الحكم به من النفقة في الجنس، أو في القدر، فالقول قول الزوج، والبينة بينة المرأة؛ لأنها مدعية الزيادة، فيحتاج إلى إثباتها بالبينة، والزوج منكر لذلك، فيكون القول قوله مع يمينه. بعد هذا ينظر إن كان ما أقر به الزوج وحلف عليه يكفيها قبلها، وإن كان لا يكفيها، يبلغ بها الكفاية في المؤن، كما لو ثبت(١) الصلح أو الحكم بذلك القدر بتصادقهما، وقد مر هذا من قبل.

٤٣٩٦ - قال: وإذا وقع الاختلاف بين الزوج والمرأة فيما مضى من المدة من وقت الفرض، أو من وقت الصلح، فالقول قول الزوج، والبينة بينة المرأة؛ لأنها تدعي زيادة دين، والزوج ينكر، فكان القول قوله مع يمينه.

٤٣٩٧ - قال: وإذا ادعى الزوج الإنفاق وأنكرت المرأة، فالقول قولها مع اليمين؛ لأنها أنكرت وصول حقها إليها، فيكون القول قولها مع اليمين كما في سائر الديون.

نوع آخر في الكفالة بالنفقة:

٤٣٩٨ - قال: ولا يؤخذ من الزوج كفيل بالنفقة، ومعناه أن الزوج لا يجبر على إعطاء الكفيل بالنفقة، لا قبل صيرورة النفقة ديناً على الزوج، ولا بعد ذلك، هكذا ذكر الحاكم في المختصر.

٤٣٩٩ - وذكر الخصاف في "أدب القاضي": أن امرأة إذا أخذت زوجها بنفقتها وهو يريد أن يغيب، فقالت: أقم لي كفيلاً بنفقتي شهراً فشهراً، على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يجبر على إعطاء الكفيل، وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى،

(١) وفي جميع النسخ التي عندنا: ثبت.

يجبر على إعطاء الكفيل بنفقة شهر واحد"(١)، ولم يذكر الخلاف في "المختصر"، بل ذكر مطلقاً أنه لا يجبر؛ وإنما لا يجبر لأن إعطاء الكفيل تبرع، والمرء لا يجبر على التبرعات، فصار كالدَّين المؤجل إذا أراد صاحب الدَّين أن يأخذ منه كفيلاً قبل حلول الأجل، مخافة أن يغيب عنه عند حلول الآجل، فإنه لا يجبر على ذلك، كذا هنا.

٤٤٠٠ - قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرح كتاب النكاح: وقد روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه قال: إذا قالت المرأة: إنه يريد أن يغيب، ولا يترك لي نفقة، أمر القاضي أن يعطي لها نفقة شهراً، ويعطيها كفيلاً بنفقة شهر واحد. وذكر الخصاف عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أيضاً: أن القاضي يسأل الزوج أنك كم تغيب؟ فإن قال: شهراً، يأخذ منه كفيلاً بنفقة شهر، وإن قال: شهرين، يأخذ منه كفيلاً بنفقة شهرين.

٤٤٠١ - [وهكذا في "كتاب الأقضية" في رجل ضمن لامرأة غيره النفقة، والمهر عن زوجها، قال: ضمان النفقة باطل؛ لأنه ضمن مالاً غير واجب، لأن النفقة لم تجب بعده، قال: إلا أن يسمي لكل شهر شيئاً، ومعناه أن الزوج مع المرأة اصطلحا على شيء بقدر نفقة كل شهر، ثم يضمنه رجل فحينئذ يجوز الضمان؛ لأن بهذا الاصطلاح تجب النفقة، فيصح الضمان لا يلزم تضمين أكثر من شهر؛ لأن العمل بحقيقة كلمة "كل" هنا متعذر؛ لأنه لا يمكن صرفها إلى] هكذا قال.

٤٤٠٢ - وإن أعطاها الزوج كفيلاً بالنفقة كل شهر عشرة، قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: يقع على شهر واحد، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يقع ذلك على الأبد ما داما زوجين، هكذا ذكر الخصاف في النفقة، وهكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرح نكاحه، وذكر الحاكم في "المختصر": أن الكفالة تنصرف إلى شهر واحد من غير ذكر خلاف، فيحتمل أن يكون المذكور في "المختصر" قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

وجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: إن المطلق فيما يحتمل التأبيد ينصرف إلى الأبد، فكأنه نص عليه، ولو نص على الأبد فقال: كفلت لك بنفقة كل شهر عشرة أبداً، أو ما دمتما زوجين، يقع على الأبد ما داما زوجين وتصح الكفالة، كذا هنا.

وجه قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: إن العمل بكلمة "كل" في الكفالة؛ لأن كلمة "كل" متى أضيف إلى جملة من الأعداد من تلك، فإنما يتناول كل عدد من تلك الجملة على

---

(١) وفي "م": بنفقة شهر واحد ذكر الخصاف في النفقات أن على قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله... إلخ

غلب ذلك المقدار، ويرضى بقدر طاقته، فإذا غلا في الأسعار يرفع عنه الزيادة على قدر طاقته أيضًا، أو تبرئه المرأة بنفسها؛ لأن النفقة حق المرأة، فكان لها أن ترضى بدون حقها، أو يرخص السعر، فيكفيها دون ذلك، فالقاضي يرفع عنه قدر الزيادة؛ وهذا لما ذكرنا أن المعتبر في النفقة مقدار الكفاية، والكفاية حاصل بدون الزيادة، فيرفع عنه الزيادة.

٤٤٦٥- قال: فإن لم يمض شيء من الشهر حتى صالحها من هذه الثلاثة الدراهم على شيء، إن كان شيئًا يجوز للقاضي أن يفرض لها في نفقتها بحال، نحو ما إذا صالح من هذه الثلاثة الدراهم على ثلاثة مخاتيم دقيق بعينها أو بغير عينها، يعتبر هذا الصلح تقديرًا للنفقة. وإن كان شيئًا لا يجوز للقاضي أن يفرض في نفقتها بحال، يعتبر الصلح الثاني معاوضة، وأثر اعتبار التقدير والمعاوضة ما ذكرنا من قبل.

٤٤٦٦- قال محمد رحمه الله تعالى في الكتاب عقيب هذه المسألة: ولا يشبه هذا(١) الديون، يريد به إذا كان لرجل على آخر ثلاثة دراهم، فصالحه من الدراهم على ثلاثة مخاتيم دقيق بغير عينها، لا يجوز الصلح. والفرق أن في سائر الديون الصلح منهما معاوضة؛ لأن الدين كان واجبًا قبل الصلح، فيعتبر الصلح معاوضة، وكان هذا بيع دين بدين، فلا يجوز إلا أن يدفع الدقيق في المجلس. فأما هنا قبل مضي الشهر فالنفقة لا تصير دينًا، فلم يكن الصلح الثاني معاوضة، بل كان تقدير النفقة، حتى لو مضى الشهر، وصارت الثلاثة الدراهم دينًا، ثم صالحها على ثلاثة مخاتيم دقيق بغير عينها، لا يجوز الصلح أيضًا لما قلنا.

٤٤٦٧- قال: وإذا صالحت المرأة زوجها على ثلاثة دراهم نفقة كل شهر، ثم إن الزوج أعطاها كفيلًا بعد الصلح جاز؛ لأن الكفالة بعد الصلح، والصلح منهما تقدير النفقة كفالة بالنفقة، والكفالة بنفقة المرأة جائزة؛ لأن النفقة إذا لم تكن واجبة للحال تجب في الثاني، والكفالة بما يجب في الثاني جائزة على ما عرف في موضعه، وكذلك الصلح عن نفقة الأقارب على هذا؛ لأن النفقة تستحق بالزوجية مرة، وبالقرابة أخرى، فكان الجواب في نفقة الأقارب كالجواب في نفقة الزوجة.

٤٤٦٨- قال في الكتاب: والذي ذكرنا من الجواب في الصلح عن النفقة، فكذلك في الصلح عن الكسوة؛ لأن الكسوة للحاجة، والمعتبر فيها الكفاية كما في النفقة، فإن صالح الرجل امرأته من كسوتها على درع يهودي، وملحفة مروي، وخمار سابري، ولم يسم طولها أو عرضها، ورقعتها جاز؛ لأن الثوب من حقها، لأن حقها في المطعوم والملبوس، وإنه

(١) وفي م وفي الأصل: ولا يشبه هذا الديون.

وجب بدلا عما ليس بمال وهو الاحتباس المستحق عليها بسبب النكاح ، والثوب إذا كان معلوم الجنس ، يجوز أن يجب دَيْنًا في الذمّة مجهول الوصف ، بدلا عما ليس بمال كما في الخلع والنكاح .

٤٤١٩ - قال : وإذا صالح امرأته على نفقة سنة على ثوب ، ودفعه إليها ، فهو جائز على ما ذكرنا ، فإن استحق الثوب بعد ذلك ، ينظر إن وقع الصلح على الثوب بعد ما فرض لها القاضي النفقة ، أو بعد ما اصطلحا على شيء نفقة لكل شهر ، ثم وقع الصلح عن ذلك على هذا الثوب ، فإنها ترجع بما فرض لها القاضي النفقة ، وبما وقع عليه الصلح أول مرة ؛ لأن النفقة صارت دينًا على الزوج بمعنى المال ، فإن أخذت ثوبا بمقابلة النفقة ، صارت مشترية لهذا الثوب بما وجب لها على الزوج من المال ، وشرى الثوب بما ينفسخ باستحقاق الثوب ، وبالردّ بالعيب ، فيثبت لها الرجوع بثمنه ، وذلك ما فرض لها . وأما إذا وقع ابتداء الصلح على الثوب ، فإنها ترجع بقيمة الثوب ؛ لأن ابتداء الصلح إذا وقع على الثوب ، والثوب إنما ملك بإزاء ما ليس بمال وهو الاحتباس المستحق عليها بعقد النكاح ، والثوب إذا ملك بإزاء ما ليس بمال ، فعند الاستحقاق ثبت الرجوع بقيمة الثوب كما في النكاح والخلع . و[هو][1] نظير ما لو وقع الصلح عن نفقة المرأة على وصيف وسط ، ولم يجعل له أجلا ، أو جعل له أجلا ، فإن كان قبل فرض القاضي وقبل إصلاحهما جاز ؛ لأن النفقة غير واجبة في هذه الحالة ، فيكون الوصيف بدلا عن الاحتباس الذي ليس بمال .

٤٤٢٠ - والحيوان يثبت دَيْنًا في الذمة بدلا عما ليس بمال حالا ومؤجلا ، وإن كان هذا الصلح بعد فرض القاضي ، أو بعد إصلاحهما لا يجوز ؛ لأن الحيوان هنا بدل عن النفقة والنفقة مال ، والحيوان لا يجب دَيْنًا في الذمة بدلا عما هو مال .

٤٤٢١ - قال : وإذا كان للرجل امرأتان أحدهما حرة والأخرى أمة ، بوّأها المولى بيتًا فصالحهما عن النفقة ، وقد شرط للأمة أكثر مما شرط للحرة جاز ؛ لأن المعتبر في النفقة مقدار الكفاية ، وقد يكفي للحرة ما لا يكفي للأمة .

٤٤٢٢ - فرع في الكتاب على مسألة الأمة فقال : إذا بوّأها المولى بيتًا فكما يجوز صلح الأمة عن النفقة ، فكذا يجوز صلح مولى الأمة ؛ وهذا لأن كل واحد منهما ذو حظ عن النفقة ، أما الأمة فظاهر ، وأما المولى فلأن في النفقة إحياء مال المولى ، فكان لكل واحد منهما حظ عن النفقة ، فأيهما صالح فإنما صالح حقه فيجوز .

---

(١) أثبت من "ط" .

٤٤٢٣ - بخلاف ما لو صالحت الأمة زوجها عن المهر حيث لا يجوز؛ لأن مهرها حق المولى من كل وجه، وصلح الإنسان عن حق [غيره](١) من كل وجه لا يجوز، بخلاف النفقة على ما مر.

فإن كان المولى لم يبوئها بيتاً، فصالحها زوجها عن نفقتها، لم يجز هذا الصلح، وكان له أن يرجع عن ذلك؛ لأنها صالحت عما ليس بحق لها، فإنه لا نفقة لها متى(٢) لم يبوئها المولى بيتاً.

٤٤٢٤ - قال: وإذا صالحت المرأة زوجها عن نفقتها كل شهر على أكثر من نفقتها زيادة لا يتغابن الناس في مثلها، فإن الزوج تلزمه نفقة مثلها، ولا يلزمه الزيادة على ذلك؛ لأن الزوج في الزيادة على نفقة مثلها متبرع، فإن شاء أمضى تبرعه، وإن شاء لم يمض.

٤٤٢٥ - قال: وإن كانت المرأة مكاتبة، بوأها المولى بيتاً، وصالحت زوجها عن نفقتها أو مهرها جاز؛ لأنها صالحت عما هو حقها.

٤٤٢٦ - وكذلك العبد المحجور إذا صالح عن نفقة امرأته، وقد تزوج بإذن المولى جاز؛ لأن الإذن بالنكاح إذن بالإنفاق؛ لأنه لا بد منه، فإذا كان له الإنفاق كان له الصلح عن النفقة؛ لأن في الصلح إيفاء النفقة. وكذلك المكاتب إذا صالح امرأته عن نفقة كل شهر، جاز؛ كما جاز من العبد [المحجور](٣) بطريق الأولى(٤).

نوع آخر في إيجاب النفقة في النكاح الذي لم يعرف ثبوته:

٤٤٢٧ - قال: رجل ادعى نكاح امرأة وهي تجحد، وأقام عليها شهوداً، لم يكن لها على الزوج النفقة؛ لأنه تبين أنها منكوحة ممنوعة عن الزوج لا بفعل الزوج.

٤٤٢٨ - وإن ادعت امرأة على رجل أنه تزوجها وهو يجحد ذلك، فأقامت عليه بينة، والقاضي لا يعرف الشهود واحتاج إلى المسألة: لا يجعل لها النفقة؛ لأن النفقة لم تكن واجبة لها بيقين، فلا تجب بالشك.

---

(١) هكذا في باقي النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: «عن».

(٢) وفي [illegible]: حتى يبوأها المولى بيتاً.

(٣) هكذا في النسخ الموجودة عندنا، وكان في الأصل: «العبد المكاتب».

(٤) وفي باقي النسخ التي اعتمدنا عليها: من الطريق الأولى.

ثم يتعرضوا لإقرار الزوج بذلك، يفرق بينه وبينهم ويكون لهما نصف الثاني(١) منهما

نوع آخر:

٤٤٣٣- قال في الكتاب: وفي كل موضع وجبت النفقة، وجبت السكنى مع ذلك؛ لأن الله تعالى أوجب السكنى مقرونا بالنفقة، قال الله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾(٢)، وفي قراءة ابن مسعود: أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم، ولأنها محتاجة إلى السكنى كحاجتها إلى النفقة.

٤٤٣٤- قال: وللزوج أن يسكنها حيث أحب، لكن بين جيران صالحين؛ لأن الزوج إن كان أمينا يسعى له أن يسكن بين قوم صالحين، فإن كانت الزوجة كانت حرجة إلى جيران صالحين. قال: فإن أراد الزوج أن يسكنها مع أحد من أقربائه، وطلبت المرأة منزلا على حدة فلها ذلك؛ لأن حق السكنى للمرأة إنما كان لمعنيين: أحدهما أن تعاشر مع الزوج، والثاني أن تأمن على متاعها، فإذا كان معها ثالث تستحي من المعاشرة مع زوجها، وتخاف على متاعها، هذا إذا كان البيت واحدا، أما إذا كانت دار فيها بيوت، وأعطاها بيتا يغلق عليها ويفتح، فلا يكون لها أن تطالبه بمنزل آخر؛ لأنه متى كان لها بيت في دار يغلق عليها ويفتح، كان هذا بمنزلة المنزل، فيحصل على حقها، فلا يثبت لها المطالبة بمنزل آخر.

٤٤٣٥- وكذلك إذا كان له امرأتان يسكنهما في بيت واحد، فطلبت إحداهما بيتا على حدة، فلها ذلك؛ لأن في اجتماعهما في بيت واحد ضررا بهما، والزوج مأمور بإزالة الضرر عن المرأة، هكذا حكي عن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله تعالى. وهذا التعليل يشير إلى أن الدار إذا كانت مشتملة على بيوت، فيسكن كل واحدة من المرأتين في بيت على حدة، يغلق عليها ويفتح، لم يكن لها أن تطالب بمسكن آخر.

٤٤٣٦- قال: فإن أسكنها في منزل ليس معها أحد، فشكت إلى القاضي أن الزوج يضربها ويؤذيها، وسألت القاضي أن يأمره أن يسكنها بين قوم صالحين يعرفون إحسانه، فإن علم القاضي أن الأمر كما قالت المرأة زجره عن ذلك، ومنعه عن التعدي؛ لأنه علم أنه ارتكب ما لا يحل، وإن لم يعلم ينظر إن كان جيران هذا المنزل قوما صالحين، أقرها هناك؛ لأنه لو أمره بنقلها من هذه الدار، إنما ينقلها إلى قوم آخرين مثلهم، فلا يفيد، فلا يأمره، لكن يسأل

(١) في ب: ... [illegible]

(٢) الطلاق: ٦

الجيران عن صنعه بها، فإن ذكروا(١) أنه الذي ذكرت زجره عن ذلك، ومنعه عن التعدي في حقها، وإن ذكروا أنه لا يؤذيها، والقاضي لا يعرفها معه، لأنه علم أنها متعنتة، وإن لم يكن في جواره من يوثق به، أو كانوا يميلون إلى الزوج، أمره أن يسكنها بين قوم صالحين، ويسأل عن ذلك، ويبني الأمر على خبرهم؛ كما قلنا، والله سبحانه وتعالى أعلم

(١) وفي ط: وإن ذكروا ذلك زجره.

الفصل الثاني[1] في نفقة المطلقات

هذا الفصل يشتمل على أنواع.

نوع منه في بيان من يستحق النفقة من المطلّقات ومن لا يستحق:

٤٤٣٧ - أجمع العلماء رحمهم الله تعالى على أن المطلّقة طلاقاً رجعيّاً تستحق النفقة والسكنى ما دامت العدة قائمة، سواء كانت حاملاً أو حائلاً؛ وهذا لأن بعد الطلاق الرجعي النكاح قائم، وإنما أشرف على الزوال بعد انقضاء العدة، وذلك غير مسقط للنفقة، كما إذا آلى منها، أو علّق طلاقها بمضي شهر.

٤٤٣٨ - وأما المبتوتة فلها النفقة والسكنى أيضاً ما دامت في العدة، حاملاً كانت أو حائلاً، وهذا مذهبنا، وقال الشافعي رحمه الله تعالى: لها السكنى، ولا نفقة لها إلا أن تكون حاملاً. والمبتوتة هي التي طلّقها الزوج ثلاثاً، أو طلّقها بعوض حتى وقع الطلاق بائناً عندهم جميعاً.

حجة الشافعي رحمه الله تعالى في ذلك: ما روي عن فاطمة بنت قيس قالت: طلّقني زوجي ثلاثاً، فلم يجعل لي رسول الله ﷺ نفقة ولا سكنى، وقال: «لو كنت حاملاً كان لك النفقة»[2]. إلا أنا تركنا ظاهر هذا الحديث في حق السكنى بالإجماع، ولا إجماع في النفقة، فيبقى على ظاهره.

وحجتنا في ذلك: ما روي عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه قال للمطلّقة ثلاثاً: النفقة والسكنى، وهذا نص في هذا الباب.

وما روي من الحديث فقد طعن فيه الأكابر من الصحابة والتابعين، فلا يكون حجة، والمعنى في ذلك: أن المرأة ما دامت في العدة فهي محبوسة بحق الزوج، فإن منفعة الحبس تعود إليه، وهو صيانة مائه، فكانت محبوسة بحقه، فتكون نفقتها عليه كما في حال قيام النكاح.

---

(١) وفي نسخة ... من هامش هذه المسائل الفصل الثاني ... إلخ.

(٢) حديث فاطمة بنت قيس أخرجها مسلم ٢٧٦٢، والترمذي ١٠٥٤، والنسائي ٣٤٠٠، وأبو داود ١٩٤٤، وابن ماجه ٢٠٢٥، والدارمي ١٠٦٤.

٤٤٣٩ - ثم فرّق بين المطلّقة وبين المتوفى عنها زوجها، فإن المتوفى عنها زوجها لا تستحق النفقة في تركة زوجها، والمطلّقة تستحق النفقة على الزوج، وموضع الفرق شرح طلاق المبسوط.

٤٤٤٠ - قال في الكتاب: والنفقة واجبة للمعتدة طالت مدة أو قصرت، ويكون القول في العدة: إنها لم تنقض قولها مع يمينها؛ لأنها أمينة في الإخبار عما في رحمها، وقول الأمينة مقبول، وإليه أشار أُبي بن كعب في قوله: من الأمانة أن تؤمن المرأة على ما في رحمها. فإن أقام الزوج بيّنة على إقرارها بانقضاء العدة، برئ من النفقة؛ لأن الثابت بإقرارها بالبيّنة كالثابت بالمعاينة، فإن ادّعت حبلاً أنفق عليها ما بينها وبين سنتين منذ يوم طلّقها؛ لأن عدة الحامل إنما تنقضي بوضع الحمل، والولد يبقى في البطن إلى سنتين، وإن مضى سنتان ولم تلد انقطعت النفقة؛ لأن الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين، فإن قالت: كنت أظن أني حامل ولم أحض، بعض إلى مدة الطهر إلى هذه الغاية، وأظن أن هذا الذي لي ريح، وأنا أريد النفقة حتى تنقضي عدتي، وقال الزوج: قد ادّعيت الحبل، وأكثر مدة الحمل سنتان، فالقاضي لا يلتفت إلى قوله، ويلزمه النفقة ما لم تنقض العدة؛ لأن هذا أمر قد يشتبه، فإن معرفة ما في الرحم لله تعالى حقيقة[1]، قال الله تعالى: ﴿وَيَعْلَمُ مَا فِي الْأَرْحَامِ﴾[2]، فتكون معذورة في ذلك، فيكون لها النفقة حتى تنقضي عدتها، وعدتها تنقضي بثلاث حيض، أو بدخولها في حد الإياس ومضي ثلاثة أشهر بعد ذلك، فإن حاضت في هذه الأشهر بالحيض، استقبلت العدة بالحيض؛ لأنه تبين أنها لم تكن آيسة، والنفقة واجبة لها في جميع ذلك ما لم يحكم بانقضاء العدة؛ لأنها محتبسة بحقّها منه.

٤٤٤١ - وسئل أبو بكر عمن طلّق امرأته وكتم عن الناس، فلما حاضت حيضتين وطئها فحملت، ثم أقرّ بطلاقها؟ قال: لها النفقة ما لم تضع حملها[3]؛ لأن انقضاء عدتها بوضع الحمل، قال: فإن طلّق الزوج امرأته، وهي صغيرة لم تحض بعد، وقد دخل بها ومثلها يجامع، فعدتها ثلاثة أشهر على ما عرف في كتاب الطلاق، وينفق عليها ما دامت العدة قائمة لما ذكرنا، وهذا إذا لم تكن المرأة مراهقة، فعدتها لا تنقضي بثلاثة أشهر، بل يتوقف في حالها إلى أن يظهر أنها هل حبلت بذلك الوطء أم لا؟ فينبغي أن يرد عليها النفقة ما لم يظهر

---

(١) وفي "ب" و"ف": فإن معرفة ما في الرحم حقيقة لله تعالى.

(٢) لقمان: ٣٤

(٣) وفي "ظ": حملها

فراغ رحمها، هكذا ذكر[1] عن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد ابن الفضل البخاري. فلو أنها حاضت في هذه الأشهر الثلاثة تستأنف العدة بالحيض، ويكون لها النفقة حتى تنقضي عدتها ما ذكرنا.

٤٤٤٢ - قال: ويعتبر في النفقة ما يكفيها، وهو الوسط من الكفاية، وهي غير مقدرة؛ لأن هذه النفقة نظير نفقة النكاح، فيعتبر فيها ما يعتبر في نفقة النكاح، ثم نفقة العدة إبقاء لنفقة النكاح، وليست بشيء آخر، حتى قلنا: إن كل امرأة تستحق النفقة حال قيام النكاح، تستحق حال قيام العدة [وكل امرأة لا تستحق النفقة حال قيام النكاح، لا تستحق النفقة حال قيام العدة][2]، فإن المولى إذا بوأ الأمة بيتًا؛ لما استحقت النفقة حال قيام النكاح، لم تستحق النفقة بعد الفرقة[3]، ومتى لم يبوئها المولى بيتًا، لم تستحق النفقة حال قيام النكاح، لم تستحق النفقة بعد الفرقة أيضًا

٤٤٤٣ - إذا ثبت هذا فنقول: المعتدة إذا لم تخاصم في نفقتها، أو لم يفرض القاضي لها شيئًا، حتى إذا انقضت العدة فلا نفقة لها؛ لأن النفقة في حال النكاح لا تصير دينًا إلا بقضاء أو رضى. فكذا في حال العدة، وإن كان الزوج غائبًا فاستدانت عليه، ثم قدم بعد انقضاء العدة، يقضي عليه لها بنفقة مثلها، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الأول، ثم رجع وقال: لا يقضي كما في نفقة النكاح.

٤٤٤٤ - وأما إذا فرض القاضي لها النفقة في حال العدة، وقد استدانت على الزوج أو لم تستدن، ثم انقضت عدتها قبل أن تقبض شيئًا من الزوج، فإن استدانت بأمر القاضي كان لها أن ترجع على الزوج بذلك؛ لأن استدانة المرأة بأمر القاضي، وللقاضي[4] ولاية كاملة بمنزلة استدانة الزوج بنفسه، وأما إذا استدانت بغير أمر القاضي، أو لم تستدن أصلاً، هل ترجع على الزوج بذلك أم لا؟ قال شمس الأئمة الحلواني في شرح أدب القاضي: فيه

(١) وفي باقي النسخ التي عندنا: حكي هكذا عن.

(٢) أثبت من [illegible]

(٣) وفي ط، ب، م: فإن المولى إذا بوأ الأمة بيتًا لها، استحقت النفقة حال قيام النكاح، استحقت أيضًا بعد الفرقة، ومتى لم يبوئها المولى بيتًا لم تستحق النفقة حال قيام النكاح لم تستحق النفقة بعد الفرقة أيضًا إذا ثبت هذا... إلخ.

(٤) وفي م: لأن استدانة المرأة بأمر القاضي بمنزلة استدانة الزوج بنفسه؛ لأن للقاضي ولاية كاملة... إلخ.

كلام، قال الشيخ الإمام : والظاهر عندي أنه لا يسقط، وأشار شمس الأئمة السرخسي إلى أنه يسقط ؛ حيث علل فقال : سبب استحقاق هذه النفقة العدة، والمستحق بهذا السبب في حكم الصلة، فلا بد من قيام السبب لاستحقاق المطالبة، ألا ترى أن الذمي إذا أسلم وعليه خراج رأسه، لم يطالب بشيء منه، فكذا هذا، وهو الصحيح.

٤٤٤٥ - قال الخصاف في نفقاته : وكل نكاح كان الزوجان يتوارثان عليه لو مات أحدهما، فطلقها فيه الزوج، وقد دخل بها، فرأيت فيه النفقة والمهر بدخوله بها، قال رحمه الله تعالى في شرحه : وهذا الأصل غير سديد على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

٤٤٤٦ - فإن الذمي إذا تزوج بأمة، فإنها تستحق النفقة عنده، ولا يتوارثان لو مات أحدهما، وكما تستحق المعتدة النفقة، تستحق الكسوة؛ لأن المعنى يجمعهما وهو الحاجة، غير أن في الكتاب لم يذكر كسوتها؛ لأنها لا تبقى في العدة مدة تحتاج إلى الكسوة غالبا، حتى لو احتاجت يفرض القاضي لها ذلك أيضا. والدليل على أن المعتدة تستحق الكسوة: أنها تستحق النفقة، واسم النفقة كما يتناول الطعام يتناول الكسوة، قال هشام في نوادره : قلت لمحمد رحمه الله تعالى : النفقة هي الطعام وحده؟ قال : ولكن الطعام والكسوة.

٤٤٤٧ - قال في الكتاب : في كل موضع وجب على الزوج نفقة العدة، يجب عليه مؤنة السكنى، كما في حال قيام النكاح، فبعد هذا ينظر إن كان للزوج منزل مملوك، فعليه أن يسكنها فيه، وإن لم يكن للزوج منزل مملوك فعليه أن يكتري منزلا لها، ويكون الكراء على الزوج ؛ لأن الإسكان عليه، وإن كان الزوج معسرا تؤمر المرأة أن تستدين الكراء وتؤدي، ثم ترجع على الزوج إذا أيسر، كما هو الحكم في النفقة حال قيام النكاح.

٤٤٤٨ - ثم الأصل بعد هذا : أن الفرقة متى وقعت بين الزوجين، ينظر إن كانت الفرقة من جهة الزوج، فلها النفقة سواء كانت الفرقة بمعصية أو بغير معصية، وإن كانت الفرقة من جهة المرأة: إن كانت بحق فلها النفقة، وإن كانت بمعصية فلا نفقة لها، وإن كانت الفرقة لمعنى من جهة غيرها فلها النفقة ؛ وهذا لأن النفقة صلة، وعصيان من يستحق عليه النفقة لا يؤثر في بطلان الصلة، أما عصيان من يستحق الصلة فيؤثر في ذلك، واعتبر هذا بالوارث إذا قتل المورث، إن كان بحق لا يحرم الميراث، وإن كان بغير حق يحرم، كذا هذا.

٤٤٤٩ - وإذا عرفت هذا الأصل فنقول : الملاعنة لها النفقة والسكنى ؛ لأن الفرقة باللعان فرقة بطلاق، فكانت جناية من قبل الزوج، وكذلك المبانة بالخلع، والإيلاء، وردة الزوج، ومجامعة الزوج أمها، تستحق النفقة ؛ لأن هذه الفرقة كلها من جهة الزوج، بعد أن

كانت مستحقة للنفقة في أصل النكاح ، فيبقى هذا الحق ببقاء العدة .

٤٤٥٠ - وامرأة العنين إذا اختارت الفرقة ، فلها النفقة والسكنى ، وكذلك المدبرة وأم الولد إذا أعتقت [واختارتا][1] ، وهما عند زوج قد بوأهما المولى بيتا ، فلهما النفقة والسكنى ، وكذلك الصغيرة إذا أدركت فاختارت نفسها ، فلها النفقة والسكنى وإن جاءت الفرقة من جهة المرأة في هذه المسائل ؛ لأن الفرقة ما جاءت بسبب هو معصية . وكذلك الفرقة إذا وقعت بسبب عدم الكفاءة بعد الدخول فلها النفقة ؛ لأن الفرقة جاءت بحق مستحق .

٤٤٥١ - والمنكوحة إذا ارتدت - والعياذ بالله تعالى - أو طاوعت ابن الزوج حتى وقعت الفرقة ، لا نفقة لها ؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها بسبب هو معصية ، وإن جامعها ابن الزوج مكرهة تقع الفرقة ، ولا تسقط النفقة ؛ لأن الفرقة جاءت من قبل غيرها ، ثم فرق بين النفقة والمهر ، فإن الفرقة إذا جاءت من قبل المرأة قبل الدخول ، يسقط المهر سواء كانت عاصية في ذلك أو محقة ، والفرق وهو أن المهر عوض من كل وجه ، ولهذا لا يسقط بموت أحدهما

٤٤٥٢ - وإذا فات العوض [حيا][2] من جهة من له العوض ، يسقط حقه في العوض ؛ لأن العوض لا يستحق بدون المعوض كالثمن في باب البيع[4] ، إنما نفقات الزوجات عوض من وجه [صلة من وجه][3] ، فإذا كانت بين الصلة والعوض ، اعتبرناها عوضا متى جاءت الفرقة بسبب هي في ذلك عاصية ، والعوض يسقط متى فات المعوض من جهة من له الحق في العوض كما في المهر ، ومن حيث إنها صلة لا تسقط ، وإن فات المعوض من جهتها إذا كانت هي في ذلك محقة ، والصلات تجب بلا عوض كنفقة الأقارب .

٤٤٥٣ - ثم قال في الكتاب : والمنكوحة إذا ارتدت حتى وقعت الفرقة ، لا نفقة لها أصرت على ذلك ، أو رجعت عن الردة وتابت ، وفرق بين هذا وبينما إذا نشزت ، فطلقها الزوج ثم تركت النشوز ، فإنها تستحق النفقة ما دامت العدة باقية ، وهنا قال : إذا أسلمت لا تستحق النفقة وإن كانت العدة باقية[5] ، والفرق وهو أن في الردة المسقط للنفقة فرقة جاءت من قبلها بسبب هو معصية ، وهذا لا يرتفع بإسلامها ، فلا يرتفع السقوط . وأما في تلك المسألة

(١) أثبت من ب و ف .

(٢) وفي ف : حيا .

(٣) أثبت من ب و ط .

(٤) وفي ب : كالثمن في باب البيع ما يعقد الزوجات ، وعوض من وجه ، فإذا كانت بين الصلة .

(٥) وفي ب و ف : إذا أسلمت والعدة باقية لا تستحق النفقة ... إلخ .

المسقط هو النشوز ، دون الفرقة الجائية من قبلها ، لأن الفرقة لا تقع بالنشوز ، فإذا عادت إلى بيت الزوج ؛ ارتفع النشوز فارتفع المسقط[1] ، فعاد حقها في النفقة .

٤٤٥٤ - ثم ما ذكر في الكتاب أن المختلعة تستحق النفقة ، فذلك إنما يكون إذا وقع الخلع مطلقًا ، فأما إذا اشترط الخلع أن لا سكنى لها ولا نفقة ، فلها السكنى ولا نفقة لها ؛ لأنها بهذا الشرط أسقطت النفقة والسكنى ، والنفقة في حق المرأة والسكنى في بيت العدة ، كما هو حقها ، فهو حق الشرع ، فإسقاطها إن عمل في حقها لا يعمل في حق الشرع ، حتى لو شرط الزوج في الخلع أن لا يكون عليه مؤنة السكنى ، ورضيت به المرأة أن تسكن في بيت نفسها ، أو يلتزم مؤنة السكنى من مالها ، بأن كانا يسكنان في بيت بكراء صح ، ويجب الأجر عليها ؛ لأن ذلك محض حقها .

٤٤٥٥ - ثم فرق بين هذا وبينما إذا أبرأت المرأة زوجها عن النفقة ، قبل أن تصير النفقة دينًا في الذمة ، فإنه لا يصح ذلك بالاتفاق ، وإذا شرط في عقد الخلع براءة الزوج عن النفقة صح . والفرق وهو أن الإبراء إذا شرط في الخلع كان براء بعوض ، والإبراء بعوض يكون استيفاء لما وقعت البراءة عنه ؛ لأن العوض قائم مقام ما وقعت البراءة عنه ، والاستيفاء قبل الوجوب جائز ، فإنها إذا أخذت نفقة شهر جملة جاز ، فأما في غير الخلع فالإبراء إنما حصل بغير عوض ، فيكون إسقاطًا محضًا ، وإسقاط الشيء قبل الوجوب لا يصح بالاتفاق .

٤٤٥٦ - وكذلك الجواب في نفقة الولد وهو مؤنة الرضاع ، لا يسقط بسبب الخلع ؛ إن لم يشترط ذلك في الخلع ، وإن شرط ذلك[2] ، فإن خلع إن وقت بأن قال : إلى سنة ، أو سنتين ، أو ثلاث جاز ، وما لا فلا ، وإذا وقت حتى جاز ، إن مات الولد قبل تمام المدة ، فالزوج يرجع عليها بما بقي من أجر مثل الرضاع إلى تمام المدة ، هكذا ذكر في الكتاب ، والحيلة في ذلك حتى[3] لا يرجع ، أن تقول المرأة للزوج ، حتى يقول لها الزوج على هذا الوجه : خالعتك على أني بريء من نفقة الولد إلى سنتين ، إن مات الولد في بعض السنة فلا رجوع لي عليك .

٤٤٥٧ - قال في الكتاب : وفي فصل الخلع في كل موضع لم يصح الإبراء عن السكنى ، ينظر إن كان المنزل ملكًا للزوج ، ينبغي أن يخرج الزوج من المنزل ، أو يعتزل عنها ويتركها في

---

(١) وفي « ب » و « ب » : المسقط .

(٢) وفي « ظ » : وإن شرط ذلك في الخلع إن وقت ... إلخ .

(٣) وفي « ظ » : أن لا يرجع .

بزوال العوض يرتفع المسقط فيرتفع السقوط، أما هنا فصحة [illegible] على ما مر.

٤٤٦١ - قال: ولو أن رجلاً زوج أمة بإذن مولاها، ولم يبوئها المولى بيتاً حتى طلقها الزوج طلاقاً رجعياً فإن للسيد أن يأخذ الزوج حتى يبوئها بيتاً، يعني أن المولى أن يخلي بينها وبين الزوج في بيت واحد، وينفق الزوج عليها حتى تنقضي العدة؛ لأن الطلاق الرجعي لا يقطع النكاح، وإن كان الطلاق بائناً فليس للسيد أن يأخذ الزوج حتى يبوئها بيتاً، يعني لا يخلي بينها وبين الزوج في بيت واحد؛ لأن الطلاق البائن يحرم الوطء.

٤٤٦٢ - وهل للمولى أن يطالب الزوج بالنفقة ما دامت معتدة؟ ذكر الخصاف في نفقاته أن له ذلك، قال الصدر الشهيد برهان الأئمة: إنما يبين لها النفقة، وما ذكر من المسألة قبل هذه المسألة يصير رواية في هذه؛ وهذا لأنها لا تستحق النفقة حال قيام النكاح قبل التبوئة، وكل من لا يستحق النفقة حال قيام النكاح لا يستحق النفقة بعد الطلاق، وقد ذكرنا هذا الأصل قبل هذا.

٤٤٦٣ - فرع على هذه المسألة فقال: ولو طلقها الزوج طلاقاً رجعياً، ثم أعتقها المولى، فلها أن تطلب من الزوج حتى يبوئها بيتاً وينفق عليها؛ لأنها ملكت أمر نفسها، وإن كان الطلاق بائناً فالزوج لا يخلى بينها في بيت واحد كما قلنا، وهي لا تأخذه بالسكنى. وهل لها أن تأخذه بالنفقة؟ ذكر الخصاف أن لها ذلك، والصحيح أنه ليس لها ذلك لما قلنا.

٤٤٦٤ - قال: إذا أعتق أم ولده، لا نفقة لها في العدة؛ لأن ما به تستحق النفقة وهو ملك اليمين - قد زال كله، فسقطت النفقة الواجبة قبل العتق، لو وجبت النفقة وجبت ابتداء بالعدة، والعدة لا تصلح لإيجاب نفقة لم تكن قبلها، وكذلك لو مات المولى حتى عتقت أم الولد فلا نفقة لها في تركة الميت، ولكن إن كان لها ولد فنفقتها تكون في نصيب الولد؛ لأن الأم إذا كانت معسرة كانت نفقتها على الولد، وإذا كان الولد صغيراً على ما يأتي [بيانه][1] بعد هذا إن شاء الله.

٤٤٦٥ - قال محمد في الكتاب: وإذا أقر الرجل بحرمة امرأة وقد دخل بها وفرق بينهما فلها المسمى من المهر ونفقة العدة، ومعنى هذه المسألة أن الزوج ادعى فساد النكاح من الأصل وأقر بالحرمة، وأسند الحرمة إلى الزمان الماضي؛ وهذا لأن الزوج أقر على نفسه بالحرمة، وعليه بسقوط المسمى والنفقة، فيصدق في حق نفسه لا في حق غيره - والله أعلم.

(١) وفي [illegible] م: اقرارها.

(٢) ليست في م.

لو كانت وهي معتدة، فسبب الوجوب قد تقرر، لكن الوجوب امتنع[1] في بعض المدة بعارض أمر وقد زال ذلك، فيزول المنع كما في النشوز.

٤٤٦٩ - قال: وإن كانت المعتدة حين ارتدت والتحقت بدار الحرب، ثم أسلمت بعد ذلك، أو سُبيت فأعتقت فلا نفقة لها؛ لأنها لما لحقت بدار الحرب مرتدة فقد سقطت العدة حكمًا لانقطاع العصمة بتباين الدارين، فكان بمنزلة ما لو سقطت النفقة بمضي المدة.

٤٤٧٠ - وهذا الذي ذكرنا كله في الطلاق البائن، أو الطلقات الثلاث، جئنا إلى الطلاق الرجعي، فنقول: المعتدة بالطلاق الرجعي إذا وطئها ابن الزوج، أو قبّلها بشهوة وهي مطاوعة، أو ارتدت فحبست أو لم تحبس، فلا نفقة لها؛ لأن في الطلاق الرجعي الفرقة ما وقعت بالطلاق، فيكون وقوع الفرقة بسبب وجد منها وهي معصية، فيوجب ذلك سقوط النفقة، ولا كذلك في الطلاق البائن والطلقات الثلاث.

٤٤٧١ - قال: المعتدة إذا خرجت عن بيت العدة تسقط نفقتها، هكذا روي عن الضحاك مطلقًا. فهذا عندنا ما دامت على النشوز، فإن عادت إلى بيت الزوج، كان لها النفقة والسكنى كما في حال قيام النكاح. ثم الخروج عن بيت العدة على سبيل الدوام ليس بشرط لسقوط النفقة، فإنها إذا خرجت زمانًا وسكنت زمانًا لا تستحق النفقة. هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي.

٤٤٧٢ - في أدب القاضي للخصّاف، في شرح أحاديث باب إثبات الوكالة قال: وكذلك إذا كانت ناشزة وقت الطلاق، ثم عادت إلى بيت الزوج بعد الطلاق تستحق النفقة؛ وهذا لما ذكرنا أن نفقة العدة إبقاء لنفقة النكاح، فيكون هذه الحال معتبرة بحال قيام النكاح، والجواب حال قيام النكاح على هذا الوجه، فكذا حال قيام العدة.

٤٤٧٣ - وفي فتاوى النسفي: المعتدة عن طلاق بائن إذا تزوّجت في العدة، ووُجد الدخول وفرّق بينهما، ووجبت عليها العدة منهما، لا نفقة لها على الزوج الثاني؛ لأن النكاح [مع الزوج][2] الثاني فاسد، وإنما نفقتها على الزوج الأول؛ لأنها لا توصف بالنشوز بمنعها نفسها منه؛ لأن الطلاق بائن والحل زائل، هكذا ذكر هنا. وتأويل هذه المسألة إذا تزوّجت وهي في العدة، ولم تخرج من بيت العدة، أما إذا خرجت عن بيت العدة فلا تستحق النفقة لما قلنا.

---

(١) وفي ف و س: لكن امتنع الوجوب.

(٢) آتي من ب و ف و ظ.

نوع آخر في الصلح عن نفقة العدة:

٤٤٧٤ - قال: وإذا صالح الرجل امرأته عن نفقتها ما دامت في العدة على دراهم مسماة لا يزيدها عليها حتى تنقضي العدة، ينظر، إن كانت عدّتها بالحيض لا يجوز الصلح وإن كانت بالأشهر جاز؛ وإنما كان هكذا لأن العدة إذا كانت بالحيض فمدة العدة[1] مجهولة، فلا يدري حصة كل يوم [من المصالح عنه، وإنما تحتاج إلى استيفاء حصة كل يوم][2] بعد الصلح؛ لأن كل يوم مضى فنفقة ذلك اليوم تصير دينًا لها على الزوج فيكون لها استيفاء ذلك لا محالة، فإذا لم يكن حصة كل يوم معلومة يقع بينهما منازعة مانعة من التسليم والتسلم، ومثل هذه الجهالة تمنع جواز الصلح، كما لو صالحت عن نفقتها مع الزوج ما دامت زوجة له على مال معلوم كان الصلح باطلا، كذا هنا، بخلاف ما إذا كانت عدّتها بالأشهر؛ لأن مدة النفقة معلومة وهي ثلاثة أشهر، فيكون حصة كل يوم من النفقة معلومة، فيمكنها استيفاء حصة كل يوم بمضي وقت الصلح، فكان الصلح جائزًا.

٤٤٧٥ - قال: إذا خالع الرجل امرأته، وطلّقها طلاقًا بائنًا، ثم صالحها عن السكنى على دراهم، فإن هذا لا يجوز؛ لأن السكنى حال قيام العصمة وإن كان من حقوق الزوج ففيه حق الله تعالى أيضًا، فلو جاز هذا الصلح أدّى إلى إبطال حق الله تعالى فلا يجوز.

٤٤٧٦ - فإن صالحها عن النفقة على دراهم، إن لم يشترط في الخلع براءته عن النفقة جاز الصلح، وإن شرط في الخلع براءته عن النفقة لا يجوز الصلح؛ لأن البراءة عن النفقة متى كانت مشروطة في الخلع صحيحة، فهي إنما صالحت عما ليس بحق لها، فلا يجوز. استشهد في الكتاب فقال: ألا ترى أن المنكوحة نكاحًا فاسدًا إذا صالحت زوجها عن النفقة على دراهم لا يجوز؛ لأنها صالحت عما ليس بحق لها، فكذا هذا -والله أعلم-.

نوع آخر في اختلاف الزوجين في وقوع الطلاق
وبيان حكم النفقة فيه:

٤٤٧٧ - قال الخصاف في نفقاته: ولو أن رجلا قدّمته امرأته إلى القاضي، وطالبته بالنفقة، فقال الرجل للقاضي: كنت طلّقتها منذ سنة، وانقضت عدّتها في هذه المدة، وجحدت المرأة الطلاق، فإن القاضي لا يقبل قوله؛ لأن الطلاق يظهر بقوله في الحال وهو

(١) وفي م: هذه النفقة، وفي ف: مدة النفقة.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

بالاستشهاد يريد إسقاط النفقة عن نفسه فلا يصدق إلا بالبينة، فإن شهد له شاهدان بذلك [والقاضي لا يعرفهم فإنه يأمره بالنفقة عليها؛ لأن وقوع الطلاق في ذلك الوقت لم يظهر بعد، فإن عدلت][1] الشهود وأقرت أنها قد حاضت ثلاث حيض في هذه السنة فلا نفقة لها عليه، وإن كانت أخذت منه شيئًا ردت عليه؛ لأنه ظهر أنها أخذت مال الغير بغير حق.

٤٤٢٨ – قال: ولو شهد شاهدان على رجل أنه طلق امرأته ثلاثًا، وهي تدعي الطلاق أو تنكر، فإنه ينبغي للقاضي أن يمنع الزوج من الدخول عليها، والخلوة معها، ما دام القاضي مشغولًا بتزكية الشهود؛ لأن الشهود يحتمل أن يكونوا صادقين، وعلى هذا التقدير كانت المرأة أجنبية، ويحتمل أن يكونوا كاذبين وعلى هذا التقدير كانت منكوحة، فوجب المنع احتياطًا، فلا يخرجها القاضي في هذا الوجه من منزل زوجها. نص عليه في الجامع، ولكن يجعل معها امرأة أمينة تمنع الزوج من الدخول عليها وإن كان الزوج عدلًا.

٤٤٢٩ – فرق بين هذا وبينما إذا طلق الرجل امرأته ثلاثًا، ومنزله ضيق، فجعل بينهما سترًا حائلًا، فإنه يكفي ولا تحتاج إلى امرأة أمينة إذا كان الزوج عدلًا. والفرق عرف في موضعه. ونفقة الأمينة هنا في بيت المال؛ لأنها منصوبة لمنع الزوج عن الدخول عليها حقًا لله تعالى احتياطًا لأمر الفرج، فكانت عاملة لله تعالى فيكون نفقتها في مال الله تعالى وهو مال بيت المال.

٤٤٣٠ – فإن طلبت المرأة من القاضي النفقة وهي تقول: طلقني، أو تقول: لم يطلقني أو تقول: لا أدري أطلقني أم لم يطلقني؟ فهذا على وجهين: إن لم يكن الزوج دخل بها فالقاضي لا يقضي لها بالنفقة؛ لأنه إن وقع الطلاق عليها، فهي بائنة من غير عدة، فلا يجب لها النفقة وإن لم يقع الطلاق عليها وهي محبوسة عن الزوج، والمنكوحة متى حبست عن الزوج لا تستحق النفقة.

٤٤٣١ – وإن كان قد دخل بها فالقاضي يقضي لها بمقدار نفقة العدة إلى أن يسأل عن الشهود؛ لأنه إذا وقع الطلاق عليها فلها نفقة العدة، وإن لم يقع لا نفقة لها؛ لأنها منكوحة محبوسة عن الزوج، وإذا احتمل يقضي لها بنفقة العدة إلى أن يسأل عن الشهود، فإن تطاولت المسألة عن الشهود حتى انقضت العدة لم يزدها القاضي على نفقة العدة شيئًا؛ لأنا تيقنا أنه لا نفقة لها بعد مضي مدة العدة؛ لأنه إن وقع الطلاق عليها، فقد انقضت عدتها، وإن لم يقع الطلاق عليها، فهي ممنوعة عن الزوج.

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من م و ب

بعد ما إن زكى الشهود فرّق بينهما، وسلم لها ما أخذت من النفقة؛ لأنه تبيّن أنها معتدة أخذت نفقة العدة، فيكون أخذها بحق، فيسلم لها. وإن لم يزكِّ الشهود يجب عليها أن ترد على الزوج ما أخذت من النفقة؛ لأنه تبيّن أنها منكوحة محبوسة عن الزوج، لا بفعل الزوج، فلم يكن[1] لها نفقة النكاح، فكان أخذها بغير حق، فيجب عليها الرد. استشهد في الكتاب لإيضاح هذه المسألة فقال: ألا ترى أن القاضي لو فرّق بينهما بشهادة الشهود فمكثت زمانًا، وفرض القاضي للمرأة على الزوج فريضة نفقة معلومة لكل شهر، وكانت المرأة تأخذ ذلك حالة العدة، ثم علم أن الشهود كانوا عبيدًا، أو محدودين في القذف فردّت شهادتهم، وردّت المرأة على الزوج يجب عليها ردّ ما أخذت في هذه العدة؛ لأنه تبيّن أنها منكوحة في هذه المدة، ممنوعة عن الزوج لا لمعنى من جهة الزوج، كذا هنا.

[ومما يتصل بهذا الفصل

٤٤٨٢- المعتدة إذا أنفق عليها إنسان ليتزوجها، ثم لما انقضت العدة أبت أن تزوج نفسها منه فهذا على وجهين: الأول: أن يشترط التزوج وقت الإنفاق بأن يقول لها: أنفق عليك ما دمت في العدة على أن تزوجي نفسك مني إذا مضت عدتك، وفي هذا الوجه للزوج أن يرجع عليها بما أنفق سواء زوجت نفسها منه أو لم تزوج؛ لأنه أنفق عليها بشرط فاسد. وذكر في الفتاوى للخصي في هذا الوجه أن الزوج إن كان أعطاها دراهم فله أن يرجع عليها إذا أبت أن تزوج نفسها منه إلا أن يكون أعطاها على وجه الصلة.

الوجه الثاني: أن ينفق عليها بغير شرط التزوج، لكن علم عرفًا أنه ينفق بشرط أن تزوج المرأة نفسها منه، فلم تزوج، وفي هذا الوجه اختلاف المشايخ -رحمهم الله-: بعضهم قالوا: يرجع؛ لأن المعروف كالمشروط، وبعضهم قالوا: لا يرجع، وهو الصحيح؛ لأنه أنفق على قصد التزويج عادة، لا على شرط التزوج][2]

(١) في ب: ولأنه لم يكن.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبت من ب، و ف، و م.

الفصل الثالث في نفقة ذوي الأرحام

هذا الفصل يشتمل على أنواع أيضاً: نوع منه: فيما يجب على الأب والأم من إرضاع الصغير ونفقاته، والأصل في ذلك قول الله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾(١) الآية.

ولأهل العلم في معنى أول الآية إلى آخرها كلام، أما قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾(٢) فاختلفوا فيه، قال بعضهم: هذا مجرد خبر أن الوالدات كذا يفعلن في العادة الغالب، وليس فيه إيجاب الإرضاع على الأمهات، وقال بعضهم: فيه إيجاب الإرضاع على الأمهات، وإن كان بصيغة الخبر، كقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾(٣).

٤٤٨٣ - ومن مشايخنا من قال: إن حال قيام النكاح لا يجوز لها أن تأخذ الأجر بالإرضاع؛ لأنه يجب عليها الإرضاع ديانة، وإن كانت لا تجبر على ذلك في الحكم، وأخذ الأجرة بإزاء ما يجب عليها من العمل لا يجوز، ألا ترى أنه لا يجوز لها أخذ الأجر من الزوج بسبب أعمال داخل البيت؛ لأن أعمال داخل البيت واجب عليها ديانة، كذا هذا، وفي الجبر على الإرضاع كلام واختلاف يأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وأما قوله تعالى: ﴿حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾(٤)، ففيه اختلاف ظاهر، أن مدة الرضاع في حق التحريم ماذا؟ قال أبو حنيفة: ثلاثون شهراً، إن وجد الرضاع في هذه المدة تثبت الحرمة فطم على رأس الحولين أو لم يفطم، وإن وجد بعد هذه المدة لا تثبت الحرمة فطم على رأس هذه المدة أو لم يفطم. وقال أبو يوسف ومحمد: حولان، وهو قول الشافعي، وقال زفر: ثلاث سنين، والحجج مروية في المبسوط.

٤٤٨٤ - ثم مدة الرضاع ثلاثة أوقات: أدنى، وأوسط، وأقصى، فالأدنى حول ونصف، والأوسط حولان، والأقصى حولان ونصف، حتى لو نقص عن الحولين لا يكون

(١) سورة البقرة: ٢٣٣.

(٢) سورة البقرة: ٢٣٣.

(٣) سورة البقرة: ٢٢٨.

(٤) سورة البقرة: ٢٣٣.

فقطها، ولو زاد على الحولين لا يكون تعدّياً، والوسط هو الحولان. فلو كان الولد يستغني عنه دون الحولين، ففطمته في حول ونصف يحل ولا تأثم بالإجماع، ولو لم يستغن عنها بحولين يحل لها أن ترضعه بعد ذلك عند عامة العلماء إلا عند خلف بن أيوب.

٤٤٨٥ - أما الكلام في ثبوت الحرمة واستحقاق الأجر، فعند أبي حنيفة رحمه الله: يثبت حرمة الرضاع إلى ثلاثين شهراً، وعندهما إلى حولين. وأما الكلام في استحقاق الأجر: فقال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني: هو على هذا الخلاف، حتى إنّ من طلق امرأته فأرضعت بعد حولين فطلبت الأجر، فعند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - تستحق الأجر إلى تمام حولين ونصف، وعند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله تعالى - لا تستحق الأجر فيما وراء الحولين، وأكثر المشايخ على أنّ مدة الرضاع في حق استحقاق الأجر على الأب مقدّرة بحولين عند الكل؛ حتى لا تستحق المطلّقة أجرة الرضاع بعد الحولين بالإجماع، وتستحق في حولين بالإجماع.

وأما قوله تعالى: ﴿لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾[1] يعني من أراد إتمام الرضاع يرضع حولين كاملين لا ينقص عن ذلك، ولكن إذا نقص عن ذلك وكان الولد يستغني عن ذلك يجوز وقد مرّ هذا. وأما قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[2]، فسنبين بعد هذا معناه - إن شاء الله تعالى -.

٤٤٨٦ - قال أصحابنا: ولا تجبر الأم على إرضاع ولدها؛ لأن الإرضاع بمنزلة النفقة، ونفقة الأولاد تجب على الآباء لا على الأمهات، فكذا الإرضاع. فإن كان الصبي لا يأخذ لبن غيرها، أو لا توجد من ترضعه، هل تجبر الأم على الإرضاع؟ ذكر شمس الأئمة الحلواني في شرح أدب القاضي للخصّاف، في باب نفقة الصبيان: أنّ في ظاهر الرواية عن أصحابنا لا تجبر، وروي عن أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - وأبي يوسف في النوادر: أنها تجبر، وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرح هذا الكتاب[3]: أنها تجبر مطلقاً، هكذا ذكر في شرح القدوري؛ وهذا لأنها لو لم تجبر والولد لا يأخذ لبن غيرها، أدى إلى تلف الولد، وهي ممنوعة عن إتلاف الولد. وجه ما ذكر شمس الأئمة الحلواني: أنّ الولد يتغذّى بالدهن وغيره من

(١) سورة البقرة ٢٣٣

(٢) الآية السابقة نفسها

(٣) وفي م: في شرح أدب القاضي للخصاف تجبر من غير ذكر خلاف، وهكذا ذكر في شرح القدوري... إلخ

وروى عن أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - أنّ النفقة على الأب والأم أثلاثًا على حسب ميراثهم ، إلا أنّ في ظاهر الرواية جعل الكل على الأب ؛ لأن النفقة نظير الإرضاع ، فكما لا يشارك الأب في مؤونة الرضاع أحد ، فكذا في النفقة .

٤٤٩٢ - قال : فإن كان الأب معسرًا والأم موسرة أُمرت أن تنفق من مالها على الولد ، ويكون دَينًا على الأب ترجع عليه إذا أيسر ؛ لأن نفقة الولد الصغير على الأب وإن كان معسرًا كنفقة نفسه ، فكانت الأم قاضية حقا واجبا عليه بأمر القاضي ، فترجع عليه إذا أيسر ، كما إذا أدّت بأمره ، ثم جعل الأمر بالتحمل أولى من سائر الأقرب ، حتى لو كان الأب معسرًا والأم موسرة وللصغير جد موسر ، تؤمر الأم بالإنفاق من مال نفسها ، ثم ترجع على الأب ، ولا يؤمر الجد بذلك ؛ لأنه وقعت الحاجة إلى الاستدانة ، وكانت الاستدانة من مالها - وهي أقرب للصغير أولى - .

٤٤٩٣ - قال : رجل له ولد صغير وأمه في نكاحه ، فطلبت من زوجها أجرة الرضاع ، لا تستحق ذلك وإن استأجرها الزوج على ذلك ؛ لما ذكرنا من المعنى ، ومعنى آخر أنّ نفقة النكاح واجبة على الزوج ، ولو أوجبنا عليه أجرة الرضاع تجتمع عليه أجرة الرضاع مع نفقة النكاح في حال واحد ، وهذا لا يجوز .

٤٤٩٤ - هذا إذا لم يكن للصغير مال ، فإن كان له مال فهل يجوز أن يفرض[1] أجرة الرضاع في ماله؟ ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله تعالى - في أول "شرح نفقات الخصّاف" : أنه روى عن محمد - رحمه الله تعالى - أنه يفرض في مال الصبي ، وهكذا ذكر في "إجارات القدوري" ، قال رحمه الله تعالى في أول "شرح النفقات" : وليس فيه اختلاف الروايتين ، ولكن ما روى عن محمد رحمه الله تعالى أنه يفرض في مال الصغير ، تأويله : إذا [استأجرها على إرضاع الصغير إذا لم يكن للأب مال ، من مال الصغير ، فكذلك جائز][2] . وما ذكر أنّ الزوج إذا استأجرها على إرضاع ولده لا يجوز ، تأويله : إذا فرض أجرة الرضاع من مال نفسه فلا يستحق ذلك ؛ كيلا يؤدي إلى اجتماع أجرة الرضاع مع نفقة النكاح في مال[3] واحد ، وهذا المعنى لا يتحقق إذا فرض لها في مال الصغير ، فقلنا : إنها تستحق ذلك .

٤٤٩٥ - قال : وإن كانت الأم معتدة من طلاق رجعي ، لا تستحق أجرة الرضاع على

(١) وفي "ظ" : يعرض .

(٢) هكذا في "م" ، وكذا في باقي النسخ التي اعتمدنا عليها : إذا لم يكن الأب مال ، وما ذكر [illegible] إلخ .

(٣) وفي "ص" : في حال واحد .

الزوج أيضاً؛ لأن بالطلاق الرجعي النكاح لم يزل، فصارت هذه الحالة حالة قيام النكاح. فأما إذا كانت الأم معتدة عن طلاق بائن أو طلاق ثلاث، هل تستحق أجرة الرضاع؟ ففيه روايتان: وجه الرواية التي قال تستحق، أنها بالطلاق البائن والطلقات الثلاث التحقت بسائر الأجنبيات، ثم الأجنبيات تستحق أجرة الرضاع، فكذا هذه. قوله: وجه الرواية الأخرى: أن العدة من أحكام النكاح، ولهذا تجب النفقة ما بقيت العدة، والدليل عليه أن الرجل لو دفع زكاة ماله إلى معتدته عن طلاق بائن أو ثلاث، أو شهد لمعتدته عن طلاق بائن أو ثلاث لا يجوز في رواية واحدة، فعلم أن هذه الحالة معتبرة بحالة قيام النكاح، فلا تستحق أجرة الرضاع كما في حال قيام النكاح.

٤٤٩٦ - أما بعد انقضاء العدة فتستحق أجرة الرضاع باتفاق الروايات؛ لأن هذه الحالة ليست بحالة قيام النكاح أصلاً، فكانت في هذه الحالة ملحقة بالأجنبيات من كل وجه.

٤٤٩٧ - فرع على هذه مسائل في كتاب الصلح فقال: لو صالحت امرأة زوجها عن أجرة الرضاع على شيء، إن كان الصلح حال قيام النكاح، أو في العدة عن طلاق رجعي لا يجوز، وإن كان الصلح في العدة عن طلاق بائن أو طلقات ثلاث، جاز على إحدى الروايتين؛ لأن الصلح على أن يعطيها شيئاً لترضع ولده منها استئجار لها على إرضاع ولد منها، وذلك على هذه التفاصيل على ما ذكرنا فيها.

٤٤٩٨ - وإذا جاز الصلح بعد الطلاق البائن على إحدى الروايتين، كان الجواب فيه كالجواب فيما إذا استأجرها على عمل آخر من الأعمال، ولو استأجرها على عمل آخر من الأعمال على دراهم، ثم صالحها عن تلك الدراهم على شيء بعينه جاز، وإن صالح عن تلك الدراهم على شيء بغير عينه، لا يجوز إلا أن يدفع ذلك في المجلس، حتى لا يكون بيع دين بدين، كذا هنا.

٤٤٩٩ - وفي كل موضع جاز الاستئجار ووجبت النفقة، لا تسقط بموت الزوج؛ لأنه أجرة وليست بنفقة، ثم إذا لم يجب أجرة الرضاع حال قيام النكاح من كل وجه، وفي العدة عن طلاق رجعي، وفي العدة عن طلاق بائن أو ثلاث على إحدى الروايتين، كان لها أن تمتنع من الرضاع، ولا تجبر على ذلك، ولكن بالشرائط التي ذكرناها قبل هذا.

٤٥٠٠ - وإن لم تجبر ولم يكن للصبي مال، كان على الأب أن يكتري امرأة ترضعه عند الأم، ولا ينزع عن الأم؛ لأن الأمة أجمعت على أن الحضانة لها، لكن لا يجب على الظئر أن تمكث في بيت الأم، إذا لم يشترط ذلك عليها عند العقد، وكذا إذا لم يستغن عن الظئر في

تلك الحالة، بل لها أن ترضع وتعود إلى منزلها.

٤٥٠١ - وإذا لم يشترط عند العقد أن ترضعه عندها، كان لها أن تحمل الصبي إلى منزلها، أو تقول: أخرجوه من البيت، وترضعه عند فناء الدار، ثم يدخل الولد على الوالدة. إلا أن يكون شرط عند العقد أن تكون الظئر عند الأم، فحينئذ يلزمها الوفاء بذلك الشرط.

٤٥٠٢ - فإن طلبت الأم أن ترضع الولد بمثل تلك الأجرة، ففي كل موضع تستحق هي أجرة الرضاع، كما في العدة من طلاق بائن أو ثلاث على إحدى الروايتين، أو بعد انقضاء العدة على الروايات كلها كانت هي أولى، بخلاف ما إذا كانت تطلب زيادة على ما ترضعه به غيرها، حيث لا تكون هي أولى.

والفرق وهو أن إرضاع الأم أنفع للصبي، فإذا كانت ترضعه بما ترضعه غيرها، فالأب في انتزاع الولد منها متعنت متعمد، قاصد إلى الإضرار بالولد، فكانت الأم أولى. أما إذا طلبت الزيادة على ما ترضعه غيرها فلم يكن الأب في انتزاع الولد منها متعنتًا، فكان له ذلك، وإلى هذا وقعت الإشارة في الكتاب الكريم، قال الله تعالى: ﴿وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى﴾(١)، جاء في التفسير: أن التعاسر أن يجري بينهما المكايسة في الأجرة.

٤٥٠٣ - قال: ولو أن رجلاً له أولاد صغار، بعضهم رضيع، وبعضهم فطيم، وأمهم زوجته، وليس للأولاد مال، فخاصمته أمهم في نفقتهم، فالقاضي يفرض لهم النفقة على الأب ما داموا صغارًا؛ لأن نفقة الأولاد الصغار تكون على الأب بالإجماع، فإن شكت الأم تضييقه وتقتيره في النفقة عليهم، ينبغي للقاضي أن يسمع شكايتها، ويدفع بعض نفقة الأولاد إليها؛ لأن الأب إذا كان يضيق عليهم ربما يتركهم جوعًا، فيدفع نفقة الأولاد إليها، ولأنها أرفق بالأولاد، والأم أشفق عليهم.

٤٥٠٤ - فإن قال الأب: إنها تأخذ مني نفقة الأولاد، ولا تنفق ذلك على الأولاد وتجيعهم، فلا يقبل قوله عليها؛ لأنها أمينة، وهو يدعي الخيانة على الأمين، فلا تسمع من غير حجة. فإن قال للقاضي: سل جيرانها، فالقاضي يسأل جيرانها احتياطًا، وإنما يسأل عن ذلك من يداخلها؛ لأنه إنما يعرف حالها من يداخلها، فإن أخبر جيرانها بمثل الذي ادعى الأب زجرها القاضي ومنعها عن ذلك؛ لأنه قد نصب ناظرًا للمسلمين، ولذلك الصغار في هذا.

ومن المشايخ رحمهم الله تعالى من قال: إذا وقعت المنازعة بين الزوجين في هذا الباب،

---

(١) الطلاق: ٦.

وصهر قدر النفقة فالقاضي بالخيار إن شاء دفعها إلى من يدفعها إليها صباحاً ومساء، ولا يدفع إليها جملة، وإن شاء أمر غيرها أن ينفق على الأولاد.

٤٥٠٥ - قال: وإن صالحت المرأة زوجها عن نفقة الأولاد الصغار صح، سواء كان الأب معسراً أو موسراً؛ لأن نفقة الصغار من الأولاد لا تسقط بعسرة الأب.

ثم اختلفت عبارة المشايخ رحمهم الله تعالى أنه بأي طريق جاز هذا الصلح، قال بعضهم: إنما جاز؛ لأن الأب هو العاقد من الجانبين، والأب يصلح أن يكون عاقداً من الجانبين[1] [ألا ترى أن الأب يبيع مال نفسه من الصغير، ويشتري مال الصغير لنفسه، ويكون هو العاقد من الجانبين][2].

وقال بعضهم: إنما جاز؛ لأن العاقد من جانب الأب الأب، ومن جانب الصغار الأم، ونفقة الصغير من أسباب التربية والحضانة، فكانت للأم في ذلك ولاية، وإنما جاز هذا الصلح لولاية الأب وولايتها. فبعد هذا ينظر إن كان ما وقع الصلح عليه أكثر من نفقتهم، فإن كانت الزيادة أكثر[3] مما يتغابن[4] الناس فيه، بأن كانت الزيادة تدخل تحت تقدير المقدرين في مقدار كفايتهم، فإنها تكون عفواً؛ لأنه لا يمكن التحرز عنها. وإن كانت الزيادة بحيث لا تدخل تحت تقدير المقدرين [قلنا تطرح عنه؛ لأن الواجب على الأب مقدار الكفاية، فما زاد على مقدار الكفاية لا سبب له، فيبطل، وإن كان الصالح عليه أقل من نفقتهم][5]، فإن كان لا يكفيهم يبلغ إلى مقدار كفايتهم؛ لأن الواجب على الأب مقدار ما يكفيهم.

٤٥٠٦ - فرق بين نفقة الأولاد وبين نفقة الأقرب، فإن المعسر إذا صالح قريبه عن النفقة، لا يجوز الصلح؛ لأن نفقة الأقارب لا تجب [إلا][6] على الموسر، على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى، فهذا الصلح إن وقع عما ليس بحق القريب فلا يصح، أما نفقة الأولاد فواجبة على الأب، وإن كان الأب معسراً، والصلح إنما وقع عما هو حق الأولاد فيصح.

(١) ما بين المعقوفين أثبت من م.

(٢) ما بين المعقوفين أثبت من ب و ط و م.

(٣) ولعله "أكثر" غير موجود في النسخ الباقية التي عندنا.

(٤) في ب: فالا يتغابن الناس فيه.

(٥) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط و م و ف.

(٦) أثبتناه من ب و ف و م.

٤٥٠٧ - قال: رجل له أولاد صغار لا مال لهم، ولا مال للصغار أيضاً، هل يفرض النفقة على الأب؟ فإن كان الأب قادراً على الكسب يفرض عليه، فيكتسب وينفق عليهم؛ لأن نفقة الأولاد الصغار لا تسقط بالعسرة، قال الله تعالى: ﴿عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾ (١)، ثم قال الله تعالى: ﴿مِنْ وُجْدِكُمْ﴾ (٢)، والوجد هو الطاقة، ثم إن هذه النفقة لا تسقط بالإعسار، ولكن يفرض عليه مقدار نفقته؛ لما تلونا من النص. فإن أبى أن يكتسب وينفق عليهم يجبر على ذلك ويحبس بخلاف سائر الديون، فإن الوالدين وإن علوا لا يحبسون بديون الأولاد، وفي هذا الدين يحبس.

والفرق: وهو أن في الامتناع عن الإنفاق هنا إتلاف النفس، والأب يستوجب العقوبة عند قصده إتلاف ولده، كما لو عدى على ابنه بالسيف، كان للابن أن يقتله، بخلاف سائر الديون. وإن كان الأب عاجزاً عن الكسب بأن به زمانة، أو كان مقعداً يتكفف الناس ويمشي عليه، هكذا ذكر في نفقات الخصاف، ومن المتأخرين رحمهم الله تعالى من قال: تكون نفقة الأولاد في هذه الصورة في بيت المال؛ لأنه إذا كان بهذه الصفة تكون نفقته في بيت المال، فكذا نفقة أولاده.

وذكر الخصاف رحمه الله تعالى في أدب القاضي: أن في هذه الصورة يفرض القاضي النفقة على الأب، ويأمر المرأة بالاستدانة على الزوج، سواء التمست المرأة ذلك من القاضي أو لم تلتمس، فإذا أيسر الزوج طالبته المرأة بما استدانت. وكذلك لو كان الأب واجداً للنفقة، لكنه امتنع عن النفقة على الصغير، ففرض القاضي على الأب نفقة الأولاد، فامتنع الأب عن الأداء، فالقاضي يأمرها أن تستدين عليه، وتنفق على الصغير؛ لترجع بذلك على الأب إذا أيسر الأب.

٤٥٠٨ - قال: وكذلك إن فرض القاضي النفقة على الأب، فغاب الأب وترك أولاده بلا نفقة، واستدانت بأمر القاضي وأنفقت عليهم، فإنها ترجع على الأب بما أنفقت؛ لأن الإنفاق على الصغير بأمر القاضي كالإنفاق عليه بأمر الأب، وكذلك هذا الحكم في مؤونة الرضاع إذا كان الأب معسراً، فالقاضي يأمر المرأة بالاستدانة، فإذا أيسر رجعت عليه بالقدر الذي أمرها القاضي بالاستدانة كما قلنا.

٤٥٠٩ - فإذا لم تكن المرأة استدانت بعد الفرض، حتى كبر الأولاد، هي مسألة

(١) البقرة: ٢٣٦.

(٢) الطلاق: ٦.

الناس، لم ترجع على الأب بشيء؛ لأنهم إذا سألوا، وأعطوا صار ذلك ملكًا لهم، فوقع الاستغناء عن نفقة الأب، واستحقاق هذه النفقة باعتبار الحاجة، فإذا وقع الاستغناء لهم ارتفعت الحاجة، فسقطت النفقة عن الأب. فإن كانوا أعطوا مقدار نصف الكفاية، سقط نصف النفقة عن الأب، ويصح الاستدانة في النصف بعد ذلك، وعلى هذا القياس -فافهم- وليس هذا في حق الأولاد خاصة، بل في النفقة [عن](1) جميع المحارم إذا أكلوا من مسألة الناس، لا يكون لهم حق الرجوع على الذي فرضت نفقتهم عليه. وفقه المسألة: أن نفقة الأقارب لا تصير دينًا بقضاء القاضي، بل تسقط بمضي المدة بخلاف نفقة الزوجات، والفرق قد مر قبل هذا.

١٥١٠- وقد ذكر في أبواب زكاة الجامع: أن نفقة المحارم إنما تصير دينًا بقضاء القاضي، فاختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، قال بعضهم: إنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع، وموضوع ما ذكر في الجامع: إذا استدان المقضي له بالنفقة وأنفق من ذلك، فتكون الحاجة قائمة مقام الدين، وموضوع ما ذكر في سائر المواضع: إذا أنفق من مال صدقة تصدق بها عليه، فقد انتفى(2) الحاجة بعد مضي المدة، إلى هذا مال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرح كتاب النكاح.

وقال بعضهم: ما ذكر في سائر المواضع محمول على ما إذا طالت المدة [وما ذكر في الجامع محمول على ما إذا قصرت المدة(3)، ونفقة الأقارب إنما لا يصير دينًا بقضاء القاضي إذا طالت المدة](4)، أما إذا قصرت فتصير دينًا، وكيف لا تصير دينًا فإن القاضي مأمور بالقضاء بالنفقة! ولو لم تصر دينًا أصلا لم يكن للأمر بالقضاء بالنفقة معنى وفائدة، ولكن لا بد من حد فاصل بين القصير والمديد، فقدروا القصير بما دون الشهر.

١٥١١- وذكر في الحاوي في الفتاوى هذه المسألة، وفرق بين نفقة الصبي، وبين نفقة سائر المحارم فقال: نفقة الصبي تصير دينًا على الأب بقضاء القاضي، ونفقة سائر المحارم(5) لا تصير دينًا بقضاء القاضي، قال: فإن كان القاضي بعد ما فرض نفقة الأولاد،

---

(1) هكذا في م.

(2) وفي ب، ز، ف: فلا تبقى الحاجة.

(3) وفي م: ما إذا قصرت المدة، ونفقة مدة الأب، إنما لا يصير دينًا... إلخ.

(4) أثبت من ب، م، ط.

(5) وفي ظ، ز، م، ب، ف: الأقارب.

٤٥١٦ - قال: وإن جاءت الأمة المشتركة بولد فادعياه فثبت نسبه منهما فنفقته عليهما على [عدد](١) الولد إذ لم تنقسم على كل واحد منهما. وهذا يشكل على أصل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، فإنهما يقولان: الأب أحدهما، حتى قالا: لا ينفرد أحدهما بالتصرف، مع هذا يستحق كل واحد منهما نفقة أب كامل، وإن كان كذلك لأنا لو أوجبنا نفقة أب واحد عليهما أن يتبرعا إليه، ولا وجه إليه، بدلا بعض الابن(٢) لأب كنفقته، وإنما نصرف إلى أحدهما، ولا وجه إليه، إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر، فلم يبق هنا وجه سوى ما قلنا، والولد لهما لا ينفرد أحدهما بالتصرف، حتى لا يكون التصرف غير الأب سمي(٣).

ومما يتصل بهذا النوع:

٤٥١٧ - وكبار الذين ألحقوا بالصغار، قال: الرجل البالغ إذا كان زمناً أو مقعداً أو أشل اليدين لا ينتفع بهما، أو معتوهاً، أو مفلوجاً، فإن كان له مال تجب النفقة في ماله، وإن لم يكن له مال وكان له أب موسر، أو أم موسرة، تجب النفقة على الأب؛ لأن الله تعالى أوجب النفقة على الولد مطلقاً، قال الله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾(٤)، إلا أنه خص من هذا النص من كان له مال، أو كان قادراً على الكسب، فبقي ما عداه على ظاهر النص، فإذا طلب من القاضي أن يفرض له النفقة على الأب، أجابه القاضي إلى ذلك، ويدفع ما فرض لهم إليهم؛ لأن ذلك حقهم، وله ولاية استيفاء حقوقهم.

٤٥١٨ - وكذلك الإناث من الأولاد نفقتهن بعد البلوغ على الآباء ما لم يتزوجن إذا لم يكن لهن مال؛ لأن بنيتهن عاجزة عن الاكتساب، فكن بمنزلة الزمنى من الذكور. ثم ما ذكر أن نفقة البالغين من الذكور الزمنى ومن الإناث على الأب، فقد ذكر في ظاهر المبسوط، أما على ما ذكر الخصاف رحمه الله تعالى في نفقاته فيجب على الأب والأم أثلاثاً، ثلثاها على الأب، وثلثه على الأم.

٤٥١٩ - ومحمد ذكر في المبسوط أن البالغ إذا لم يكن من أهل أن ينفق على نفسه، صار هو والصغير سواء، وبه ما ذكر الخصاف، وهو الفرق بين البالغ الزمن والصغير، وهو

(١) هكذا في م.

(٢) هكذا في م و [illegible]، وسقط من الأصل و [illegible].

(٣) وفي [illegible].

(٤) البقرة: ٢٣٣.

أن للأب على الصغير ولاية [كاملة] [١] على نفسه ، وكان الصغير بمنزلة نفسه ، وغير الأب لا يلزمه الأب النفقة على نفسه ، فكذا في النفقة على الصغير . وأما البالغ فليس للأب عليه ولاية ، ليصير في معنى نفسه ، فاعتبر بسائر المحارم ، فتكون نفقته باعتبار ميراثه ، وميراثه يكون بينهما أثلاثاً ، فكذا النفقة .

٤٥٢٠ - ثم ذكر في الكتاب ما إذا كان الابن البالغ عاجزاً عن الكسب ، وله أب موسر وأم موسرة ، وأوجب جميع النفقة على الأب على رواية المبسوط ، ولم يذكر ما إذا كان الأب معسراً ، إلا أنه قادر على الكسب ، والابن الكبير عاجز عن الكسب وله أم موسرة ، هل تؤمر الأم بالإنفاق على أن ترجع بذلك على الأب ؟ فمن مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال على قياس ما ذكر في الكتاب . تؤمر الأم بذلك حتى ترجع على الأب ، فإنه قال في الكتاب : الولد الكبير إذا كان عاجزاً عن الكسب ، فهو بمنزلة الصغير ، والصغير إذا كان له أب معسر قادر على الكسب ، وله أم موسرة . تؤمر الأم بالإنفاق على أن ترجع على الأب إذا أيسر ، فكذا هنا .

ومن المشايخ رحمهم الله تعالى من قال : لا ترجع الأم على الأب بما أنفقت . ويفرق هذا القائل بين الصغير والكبير الذي لا يقدر على الكسب . وهكذا روي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى . ووجه الفرق وهو أن نفقة الولد الصغير على الأب وإن كان معسراً ، إلا أنه لا يمكن جبر الأب على الكسب ، فتؤمر الأم بالتحمل عنه ، وتكون الأم قاضية ديناً واجباً على الأب ، [فترجع بذلك على الأب] [٢] . فأما نفقة الابن الكبير ، فليست على الأب إذا كان معسراً ، فلم تصر الأم مؤدية حقاً واجباً على الأب ، فلا ترجع بذلك على الأب ، فلهذا افترقا .

قال : والصحيح الذي له قوة العمل ، إلا أنه لا يحسن العمل ، فنفقته على الأب ؛ لأنه إذا كان لا يحسن العمل ، فالناس لا يأمرونه بالعمل ، فصار هو كالعاجز عن الكسب . قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى : الرجل الصحيح لا يقدر على الكسب : لخرقه أو لكونه من أهل البيوتات [فيكون عاجزاً عن الكسب] [٣] ، فإذا كان هكذا كان نفقته على الأب وهكذا قالوا في طالب العلم إذا كان لا يهتدي إلى الكسب ، لا تسقط نفقته عن الأب بمنزلة الزمن والأنثى .

٤٥٢١ - هذا الذي ذكرنا كله إذا كان الأب حاضراً ، وإن كان الأب غائباً أو مفقوداً ،

(١) هكذا في ب و ف و م ، وكان في الأصل و ط : تامة .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط و م و ف .

(٣) أثبت من ب و ف و م .

فقد قال في الكتاب: لا يقضي بالنفقة في مال أحد، إذا كان رب المال غائبًا، إلا للوالدين والولد والزوجة، إذا كان المتروك من جنس حقهم، وهذا بناء على أصل معروف: أن القضاء على الغائب باطل، وإيفاء حق وجب على الغائب من ماله جائز. والقضاء بنفقة الوالدين والمولودين والزوجة إيفاء لما وجب على الغائب، وليس بقضاء على الغائب؛ لأن القضاء إيجاب ما لم يكن واجبًا قبل القضاء، ونفقة الوالدين والمولودين والزوجة واجبة قبل القضاء، حتى إذا ظفر واحد من هذه الطائفة بجنس حقه، كان له أن يأخذ من غير رضا ولا قضاء.

٤٥٢٢ - وأما نفقة سائر الأقارب، فلا تجب إلا بالقضاء أو بالرضا، حتى لو ظفر واحد من الأقارب بجنس حقه، لم يكن له الأخذ إلا بقضاء أو رضا، ولما كانت نفقة الوالدين والمولودين والزوجة واجبة قبل القضاء، كان القضاء [من القاضي إيفاء لما وجب عليه، لا إيجابًا مبتدأ فيجوز. أما نفقة سائر الأقارب لما لم تكن واجبة قبل القضاء، كان القضاء][1] إيجابًا مبتدأً، والقضاء على الغائب باطل.

٤٥٢٣ - قال في كتاب الأقضية: القاضي متى أعطى النفقة هؤلاء من مال الغائب، إن استوثق بكفيل من الآخذ فحسن؛ لجواز أن هؤلاء أخذوا النفقة من الغائب حال حضرته، أو بعث الغائب بالنفقة إليهم، فيبقى القاضي للغائب حالة عجز الغائب عن النظر لنفسه بنفسه وإن لم يأخذ منه كفيلاً فهو مستقيم أيضًا؛ إذ ليس هناك خصم يطلب من القاضي أخذ الكفيل، وإنما يجب على القاضي أخذ الكفيل عند طلب الخصم ذلك.

٤٥٢٤ - وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرح كتاب النكاح: أن زوجة الغائب إذا طلبت النفقة من القاضي، وللغائب مال حاضر، والقاضي يعلم بالنكاح، فرض لها القاضي النفقة بعد أن يحلفها أنه لم يعطها النفقة بعد، فإذا حلفت أعطاها النفقة، وأخذ منها كفيلاً وهو الصحيح، وقد ذكرنا جنس ذلك في باب نفقة الزوجات.

٤٥٢٥ - فرع على هذا فقال: إن كان للغائب عند الوالدين أو الولد أو الزوجة مال وهو من جنس حقهم، فأنفقوا على أنفسهم جاز، ولم يضمنوا؛ لأنهم ظفروا بجنس حقوقهم، فكانت لهم ولاية الأخذ بمقدار حقهم. فإن كان عند غيرهم، وأعطاهم بأمر القاضي حتى أنفقوا على أنفسهم، لم يضمن صاحب اليد. وإن كان أعطاهم بغير أمر القاضي، كان ضامنًا لها؛ لأن صاحب اليد مأمور بالحفظ، ودفعه إلى غيره ليس من الحفظ

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من م و ب.

هذا في فصل نفقة الزوجات.

٤٥٢٨ - هذا الذي ذكرنا إذا كان الحال معلومًا للقاضي، فأما إذا لم يكن، فالقاضي ماذا يصنع؟ موجود ذلك قد مرّ في فصل نفقة الزوجات أيضًا، هذا الذي ذكرنا [(1)] حال حياة الأب. فإن كان الأب قد مات، وترك أولادًا صغارًا، وترك أموالًا، كانت نفقة الأولاد من أنصبائهم؛ لأنهم أغنياء. وكذلك كل من يكون وارثًا، فنفقته في نصيبه، وكذلك امرأة الميت يكون نفقتها في حصتها من الميراث حاملًا كانت أو حائلًا.

٤٥٢٩ - بعد هذا ينظر إن كان الميت قد أوصى إلى رجل، فالوصي ينفق على الصغار من أنصبائهم، وإن كان الميت لم يوص إلى أحد، فالقاضي يفرض لكل واحد من الصغار في نصيبه بقدر ما يحتاج إليه من النفقة على قدر سعة أموالهم وضيقها، ويشتري للصغير خادمًا إن كان يحتاج إلى الخادم؛ لأنه من جملة مصالحه، والقاضي نُصب لإقامة مصالح كل من عجز عن الإقامة بنفسه. وكذلك كل ما كان من المصالح، فالقاضي يشتري ذلك للصغير من نصيبه، ولم يذكر في هذه المسألة أن القاضي ينصب له وصيًا، إذا لم يكن الميت أوصى إلى أحد، وذكر في المسألة التي تلي هذه المسألة، وذكره في تلك المسألة يكون ذكرًا في هذه المسألة.

٤٥٣٠ - قال: وإن كان الميت لم يوص إلى أحد، وله أولاد كبار وصغار، فنفقة كل واحد منهم تكون في نصيبه لما ذكرنا، وينصب القاضي وصيًا في مال الأب؛ [لأن] [(2)] للقاضي أن ينصب وصيًا في مال الميت في ثلاثة مواضع: أحدها: أن يكون على الميت دين، والثاني أن يكون [الميت] [(3)] أوصى بوصايا، والثالث أن يكون في الورثة صغار، وهنا في الورثة صغار وكبار، فكان للقاضي أن ينصب وصيًا.

٤٥٣١ - فإن لم يكن في البلد قاضي، فأنفق الكبار على الصغار من أنصباء الصغار، كانوا متطوعين في هذه النفقة؛ لأنه لا ولاية لهم على الصغار في مالهم، وهذا في الحكم، أما فيما بينهم وبين الله تعالى لا ضمان عليهم؛ لأنهم أحسنوا فيما صنعوا. ونظير هذا ما ذكر في كتاب الوديعة: أن المودع إذا باع العين من غير استطلاع رأي القاضي، وفي المصر قاضي ضمن وإن كان خيرًا.

---

(1) أثبت من جميع النسخ [illegible].

(2) هكذا في ب، و م.

(3) هكذا في النسخ التي اعتمدنا عليها، وكان في الأصل: الوصي.

٤٥٣٢ - وذكر في "النوادر": إذا لم يكن في موضع يمكنه استطلاع رأي القاضي لا يضمن استحساناً. وكذا قال مشايخنا رحمهم الله تعالى في الرجلين كانا في سفر، فأغمي على أحدهما، فأنفق الآخر على المغمى عليه من مال المغمى عليه لم يضمن استحساناً. وكذلك إذا مات فجهزه صاحبه من ماله لم يضمن استحساناً. وكذا العبيد المأذونون في التجارة، إذا كانوا في البلاد فمات مواليهم، فأنفقوا في الطريق لم يضمنوا استحساناً. وكذا روي عن مشايخ بلخ رحمهم الله تعالى أنهم قالوا: إذا كان للمسجد أوقاف، ولم يكن لها متولّي، فقام واحد من أهل المحلة في جمع غلة الأوقاف، وأنفق على المسجد فيما يحتاج إليه من الخشب والحصير، لا يضمن استحساناً فيما بينه وبين الله تعالى.

٤٥٣٣ - وحكي عن محمد بن الحسن رحمه الله تعالى: أنه مات واحد من تلامذته، فباع محمد كتبه وأنفق في تجهيزه، فقيل له: إنه لم يوص بذلك إلى أحد، فتلا محمد رحمه الله تعالى قوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾[1]، فما كان على قياس هذا الأصل لا ضمان عليه فيما بينه وبين الله تعالى استحساناً، أما في الحكم فضامن لما قلنا.

٤٥٣٤ - قال: ولو أن الكبار أنفقوا على الصغار، ثم لم يقروا بذلك، وأقروا ببقية نصيبهم، وسعهم ذلك. ولو حلفوا على ذلك قال محمد رحمه الله تعالى في الكتاب: رجوت أن لا يكون عليهم شيء. ونظير هذا إذا عرف الوصي الدّين على الميت، فقضى ولم يقر بذلك، ولم يعرفه القاضي ولا الورثة، لا يأثم فيما إذا فعل.

٤٥٣٥ - وكذلك إذا كان لرجل عند رجل وديعة، وعلى المودع مثل تلك الوديعة دين، والمودع يعلم أنه مات ولم يقض دَينه، يسع للمودع أن يقضي ذلك الدَّين بماله ولا يقر به. وكذا إذا كان على زيد لعمرو دَين، وعلى عمرو مثل ذلك الدَّين لرجل آخر، فمات عمرو وزيد يعرف أن عمرواً لم يقض دَينه، يسع لزيد أن يقضي دين عمرو بما لعمرو على زيد، ولا يخبر ورثته بذلك.

٤٥٣٦ - وكذا إذا مات الرجل ولم يوص إلى أحد، وله أولاد صغار، وله مال وديعة عند رجل ليس للمودع في الحكم أن ينفق عليهم، ويحتسب بذلك من مال الميت، لكن إذا فعل، وحلف أنه ليس لهم عليه حق، رجوت أن لا يكون عليه شيء -إن شاء الله تعالى- لأنه لم يرد به إلا الصلاح[2]، وإنه موافق لما روينا عن محمد بن الحسن رحمه الله تعالى.

(١) البقرة: ٢٢٠.

(٢) وفي "ب" و "ف": الإصلاح.

نوع آخر فيما لا يجب على الآباء من نفقة الأولاد:

٤٥٣٧ - قال: وإذا تزوج العبد أو المدبر، أو المكاتب امرأة بإذن المولى، فولدت امرأته أولاداً، لا تجب على الأب نفقة الأولاد، سواء كانت أمهم حرة، أو أمة، أو مدبرة، أو مكاتبة، أو أم ولد؛ لأن ما يستحق الولد من النفقة صلة محضة، وما كان صلة محضة لا يستحق(١) على هؤلاء. وهذا بخلاف نفقة امرأة؛ لأنها صلة من وجه عوض من وجه، وما كان صلة(٢) من وجه عوضاً من وجه جاز أن يستحق على هؤلاء من حيث إنه عوض.

٤٥٣٨ - فرع على هذا في الكتاب فقال: إذا لم تجب على الأب نفقة الأولاد على من يجب؟ ففيما إذا كانت الأم(٣) مكاتبة فنفقة الأولاد عليها؛ لأن الولد تابع للأم في كتابتها، فكان كالمملوك لها، ألا ترى أن كسبه لها، وأرش الجناية عليها(٤)، وميراثه إن مات لها، وإذا كان كالمملوك لها، كان نفقته عليها كسائر عبيدها، وفيما إذا كانت المرأة مدبرة، أو أم ولد، فأولادهما بمنزلتهما، فتكون نفقتهم على مولاهم، وهو مولى أم الولد والمدبرة. وفيما إذا كانت أمة رجل آخر، فنفقة الأولاد على مولى الأمة؛ لأن أولادها أرقاء لمولى الأمة، فتكون نفقتهم على مولى الأمة. وفيما إذا كانت الأمة حرة، فنفقة الأولاد على الأم إن كان للأم مال، وإن لم يكن لها مال فنفقة الأولاد على من يرث الأولاد، الأقرب فالأقرب. وكذلك الحر إذا تزوج أمة، أو مكاتبة، أو أم ولد، أو مدبرة، فالجواب فيه كالجواب في العبد، والمدبر، والمكاتب على ما ذكرنا.

٤٥٣٩ - فرع على مسألة أخرى فقال: لو كان مولى الأمة وأم الولد والمدبرة فقيراً، وأبو الأولاد غني يؤمر الأب بالإنفاق، وإن كان الولد من الأمة لا يؤمر الأب بذلك؛ لأن ابنه مملوك مولى الجارية، فإما أن يبيعه مولاه أو ينفق عليه، على ما يأتي بعد هذا في موضعه - إن شاء الله تعالى -.

٤٥٤٠ - وإن كان الولد من أم ولد أو مدبرة، فإن هنا يؤمر الأب بالإنفاق عليهم؛ لأنه لا يمكن أن يجبر المولى على بيعهم، فتعين طريق إيصال النفقة إليهم أمر الأب بذلك. قال:

(١) وفي م: وما كان صلة لا يستحق الولد من النفقة صلة، وما على هؤلاء ... إلخ

(٢) وفي م: صلة محضة

(٣) وفي ب و ف و م: إذا كانت المرأة

(٤) وفي ب و ف و م: وأرش الجناية عليه لها.

الأولاد ذكوراً وإناثاً موسرين، فنفقة الأبوين عليهم بالسوية في أظهر الروايتين، وروى الحسن عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أن النفقة بين الذكور والإناث أثلاثاً على قياس الميراث، وهو نظير نفقة ذوي الأرحام.

وجه الرواية الأخرى -وهو الأصح- أن استحقاق الأبوين باعتبار حق الملك لهما في مال الولد؛ لما روينا من الحديث في هذا، وفي هذا الذكور والإناث سواء، ولهذا ثبت لهما هذا الاستحقاق، مع اختلاف [الملة](1) عندنا وإن انعدم التوارث بسبب اختلاف الملة.

ثم يفرض على الابن نفقة الأب، إذا كان الأب محتاجاً والابن موسراً، سواء كان الأب قادراً على الكسب أو لم يكن، هكذا ذكر خواهر زاده في شرح المبسوط. وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرحه: [أن الأب إذا كان كسوباً والابن أيضاً كسوب، يجبر الابن على الكسب والنفقة على الأب](2).

٤٥١٢ - وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى في شرح أدب القاضي للخصاف: أنه لا يجبر الابن على نفقة الأب إذا كان الأب قادراً على الكسب، واعتبره بذي الرحم المحرم، فإنه لا يستحق النفقة في كسب قريبه، ولا على قريبه الموسر إذا كان هو كسوباً؛ وهذا لأن استحقاق النفقة على الأقارب عند الفقر والحاجة، وإذا كان قادراً على الكسب كان غنياً باعتبار الكسب، فلا ضرورة إلى إيجاب النفقة على الغير.

٤٥١٣ - ثم على ما ذكر خواهر زاده وشمس الأئمة السرخسي يحتاج إلى الفرق بين نفقة الوالد وبين نفقة الولد، فإن الولد إذا كان ذكراً بالغاً، وهو قادر على الكسب، لا يجب على الأب نفقته، والفرق وهو أن استحقاق نفقة الأقارب باعتبار الحاجة، وللأب زيادة فضيلة على الولد في الاستحقاق باعتبار الحاجة، فإنه يستحق مال ولده للحاجة الضرورية، وهي الحاجة إلى النفقة، وبغير الحاجة الضرورية كالاستيلاد، والوالد(3) لا يستحق مال الولد إلا بالحاجة الضرورية، وهي الحاجة إلى النفقة، فلو شرط عجز الأب عن الكسب لاستحقاق النفقة على الابن كما شرط في حق الابن، لوقعت المساواة بينهما في الاستحقاق بسبب الحاجة، وهذا مما لا وجه له ولا سبيل إليه، والحاصل أن في نفقة الوالدين يعتبر الفقر لا غير،

(1) حذفت من ب، وكان فوقه في النسخ التي عندنا الملة.

(2) هكذا في م.

(3) وفي ط: والولد لا يستحق مال الوالد.

وعلى ما هو[١] ظاهر الرواية إلا على قول شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى.

٤٤٤٤- قال: رجل معسر له ابنان، أحدهما موسر مكثر، والآخر متوسط الحال، كانت النفقة عليهما، يجعل على الموسر المكثر أكثر مما يجعل على الآخر. هكذا ذكر الخصاف في أدب القاضي في نفقة. وذكر محمد رحمه الله تعالى في الأصل، فقال: يكون بينهما على السواء؛ لأن المعتبر أصل اليسار، وكل واحد منهما موسر، فكانت النفقة عليهما[٢] على السواء.

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني وفخر مشايخنا رحمهم الله تعالى: إنما تكون النفقة عليهما على السواء، إذا تفاوتا في اليسار تفاوتاً يسيراً، أما إذا تفاوتا تفاوتاً فاحشاً يجب أن يتفاوتا في قدر النفقة، ثم إذا قضى القاضي بالنفقة عليهما، فأبى أحدهما أن لا يعطي الأب ما يجب عليه، فالقاضي يأمر الآخر بأن يعطي كل النفقة، ثم يرجع على الأخ بحصته؛ لأنه لو لم يكن إلا هو كان كل النفقة عليه، فإذا وقع العجز عنه من جهة الأخ، يؤخذ كل ذلك منه، ثم يرجع هو على الأخ بحصته.

٤٤٤٥- قال: وإن كانت للرجل المعسر زوجة ليست بأم ابنه الكبير، لم يجبر الابن على أن ينفق على امرأة أبيه، وكذلك أم ولده وأمته. وإنما لا يجبر الابن على نفقة هؤلاء؛ لأن نفقة الأب إنما وجبت بسبب القرابة، ولا قرابة بينه وبين امرأة أبيه، وبين أم ولده وأمته، فلا يجبر على النفقة عليهم، إلا أن تكون بالأب علة، لا يقدر على خدمة نفسه، فيحتاج إلى خادم يقوم بشأنه ويخدمه، فحينئذ يجبر الابن على نفقة خادم الأب، منكوحة كانت أو أمة؛ لأن الأب لا يستغني عنها، فصار ذلك من جملة حاجة الأب، فصار كنفقة الأب، فيجب أن يستحق بقرابة الأب، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله تعالى في أدب القاضي، فعلى هذا لا يحتاج إلى الفرق بين امرأة الأب، وبين امرأة الابن؛ فإن الابن إذا كان معسراً، وكان عاجزاً عن خدمته بنفسه بأن كان زمناً، أو صغيراً بحيث لا يأكل وحده، ولا يشرب وحده، يفرض نفقة خادمه على الأب. وإن كان صحيح البدن يمكنه خدمة نفسه لا يفرض كما في الأب.

٤٤٤٦- وذكر هشام في نوادره عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه يفرض نفقة امرأة الأب على ابنه إذا كانت المرأة عنده مضيقة، فعلى هذا يحتاج إلى الفرق بين امرأة الأب وبين

---

(١) هكذا في النسخ التي استعنا بها، وكذا في الأصل،   الأب.

(٢) وفي ط: نسبة مكان عليهما.

امرأة الابن، والفرق بينهما وهو أنّ نفقة الأب تشبه نفقة المرأة من وجه حتى يستحق مع ضرب غناء، بأن كان الأب قادراً على الكسب، ثم يفرض نفقة خادم المرأة على الزوج، على كل حال، هكذا نفقة خادم الأب، أما نفقة الابن صلة محضة لا تشبه نفقة المرأة بوجه ما حتى لا تستحق مع ضرب غناء، بأن كان الابن قادراً على الكسب، فكانت نفقة الولد نظير نفقة سائر الأقارب، وفي سائر الأقارب تجب نفقة القريب، ولا تجب نفقة الخادم، كذا هنا.

٤٥٤٧ - قال: ولو أنّ امرأة معسرة لها ابن موسر، ولها زوج معسر وليس هو أب الابن، كانت نفقتها على زوجها؛ لأنّ نفقة الزوجات لا تسقط بالإعسار على ما مرّ في فصل نفقة الزوجات، إلا أنّ هنا يؤمر الابن أن يقرضها على زوج، فإذا أيسر الزوج رجع عليه بما أقرضها؛ لأنّ الزوجية لا تسقط النفقة عن ذوي الأرحام. ألا ترى أنّ الأب يفرض عليه نفقة ابنته المراهقة، فإذا زوّجها سقطت عنه نفقتها، إلا أنّ الزوج هنا معسر، ونفقة الزوجة لا تسقط بالإعسار، فتجب النفقة عليه، لكن يؤمر الابن بالإقراض؛ لأنه أقرب الناس إليها، وهي محتاجة إلى الاستدانة، فتستدين من أقرب الناس إليها.

٤٥٤٨ - فإن أبى الابن أن يقرضها النفقة، قال الخصّاف في "أدب القاضي": قال الحسن ابن زياد رحمه الله تعالى: فرضت على الابن نفقتها، وأخذته بذلك، قالوا: والمراد من الفرض المذكور هنا، هو الجبر على الإقراض؛ لأن الفرض بطريق الإيجاب، لأن الزوج لما كان معسراً، أو أبى الابن الإقراض، كان الزوج بمنزلة الميت، فيفرض على ابنها النفقة. وإنما ذكر قول الحسن رحمه الله تعالى؛ لأنه لم يحفظ في هذا رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وذكر الخصّاف هذه المسألة في نفقاته، إلا أنّ هناك وضع المسألة في الزوج مع الأخ، وفي الزوج مع الأب، وذكر هناك أنّ الأخ الموسر، أو الأب الموسر إذا امتنع من الإنفاق يحبس؛ لأنّ هذا من المعروف، لأن كل نفقة معروف وصلة، فيجوز أن يحبس في الأمر بالمعروف.

٤٥٤٩ - ثم الأصل في نفقة الوالدين والمولودين، أنه يعتبر القرب والجزئية، ولا يعتبر الميراث، فإن استويا في القرب، يجب على من له نوع رجحان، وإذا لم يكن لأحدهما رجحان فحينئذ تجب النفقة بقدر الميراث.

٤٥٥٠ - بيان هذا الأصل: إذا كان للفقير ولد، وابن ابن موسرين، فالنفقة على الولد؛ لأنه أقرب، وإذا كان له بنت وابن ابن [موسر][1]، فالنفقة على البنت خاصة، وإن كان الميراث بينهما؛ لأن البنت أقرب، وإن كان له بنت بنت، أو ابن بنت وله أخ لأب وأم فالنفقة على ولد

---

(١) هكذا في ب.

البنت، ذكرًا كان أو أنثى، وإن كان الميراث للأخ، لا لولد البنت، فعلم أنّ العبرة لقرب القرابة والجزئية وإن سفل، وولد الولد كانوا ولد بنت أو ولد ابن، فهم سواء في النفقة عليهم دون الأخ لما قلنا. ولو كان له والد وولد، وهما موسران فالنفقة على ولده وإن استويا في القرب، إلا أنّ الابن يرجّح باعتبار التأويل الثابت له في مال ولده، ولو كان له جدّ وابن ابن، فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما، على الجدّ السدس، والباقي على ابن الابن.

٤٥٥١- ثم استشهد في الكتاب لبيان أنّ العبرة في نفقة الوالدين والمولودين للقرب والجزئية، دون الإرث مسائل: منها: أنّ المعسر المسلم إذا كان له ابنان موسران، أحدهما مسلم، والآخر ذمّي، فنفقته عليهما جميعًا بالسويّة، وإن كان الإرث لا يجري بين المسلم والكافر.

٤٥٥٢- وكذلك إذا كان للرجل الفقير ابن، وأخ لأب وأم، وهما موسران، فالنفقة على الابن وإن كانا استويا في الميراث. وكذا إذا كان للفقير المسلم ابن نصراني، وله أخ مسلم، وهما موسران، فالنفقة على الابن وإن كان الميراث للأخ. وكذا إذا كان للفقير بنت، ومولى عتاقة، وهما موسران، فالنفقة على البنت وإن كانا مستويين في الميراث. وكذلك المعسرة إذا كانت لها بنت، وأخت لأب وأم، فالنفقة على ابنتها وإن كانتا تشتركان في الميراث.

٤٥٥٣- قال: الرجل إذا كان محتاجًا وله ابن كبير، فطلب الأب منه النفقة، ونازعه في ذلك إلى القاضي، فإنّ القاضي لا يجبر الابن على نفقة الأب، إلا أن يعلم أنه يطيق. وفي بعض النسخ. إلا أن يعلم أنه مضطلع بذلك، أي قادر عليه؛ وهذا لأن وجوب الإنفاق القدرة على الإنفاق، فالأب يدّعي على الابن النفقة بواسطة شرطه وهو ينكر، فعلى الأب أن يثبت الشرط بالحجة، فإن قال الأب: إنه يكسب ما يقدر على أن ينفق عليّ منه، فإنّ القاضي ينظر إلى كسب الابن، فإن كان فيه فضل عن قوته، يجبر الابن على أن ينفق على أبيه من ذلك الفضل؛ لأنّ شرط وجوب النفقة على الولد القدرة على الإنفاق وقد وجد، وإن لم يكن في ذلك فضل عنه، فلا شيء عليه في الحكم، لكن يؤمر من حيث الديانة أن لا يضيّع والده.

٤٥٥٤- وقال بعض العلماء رحمهم الله تعالى: يجبر الابن على أن يدخل الأب في قوته، إذا كان ما يصيب الابن من ذلك القوت يقوم معه بدنه، ولا يضرّه إضرارًا يمنعه عن الكسب، وروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنّ على الابن في هذه الصورة أن يضمّ الأب إلى نفسه؛ لأنه لو لم يفعل ضاع الأب، ولو فعل لا يخشى الهلاك على الولد؛ لأنّ الإنسان لا يهلك على نصف بطنه، إلا أنّ في ظاهر الرواية عن أصحابنا رحمهم الله تعالى لا

٤٥٦٢ - قال : فإن مات الأب [فنفقة الصغير][1] على الجد ؛ لأنه قائم مقام الأب ، فإن كان للصغير أم وجد ، فالنفقة على الأم والجد قدر ميراثهما أثلاثًا ، بخلاف الأب في ظاهر الرواية . والفرق وهو أن اتصال النافلة بالجد بواسطة الأب كاتصاله في الأخ ، ثم في الأخ والأم النفقة عليهما على قدر ميراثهما أثلاثًا ، فكذا في الجد والأم .

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنّ النفقة كلها على الجد ، وهو أليق بمذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى في الميراث ، فإنه يلحق الجد بالأب مطلقًا ، حتى قال : الجد أولى من الإخوة والأخوات .

٤٥٦٣ - قال : فإن كان للفقير أولادًا صغارًا ، وجد موسر ثم يفرض النفقة على الجد ؛ لأن النفقة لا تجب على الجد حال قيام الأب ، ولكن يؤمر الجد بالإنفاق صيانة لولد الولد ، ويكون ذلك دينًا على والد الصغار ، كأنّ والد الصغار أمره بذلك . هكذا ذكر هذه المسألة في "القدوري" ، فلم يجعل النفقة على الجد حال عسرة الأب ، وقد ذكرنا في أول هذا النوع أنّ الأب الفقير يلحق بالميت في حق استحقاق النفقة على الجدّ ، وهذا هو الصحيح من المذهب ، وما ذكر في "القدوري" فذلك قول الحسن بن صالح رحمه الله تعالى ، هكذا ذكر الصدر الشهيد رحمه الله في "شرح أدب القاضي" للخصّاف رحمه الله تعالى .

٤٥٦٤ - قال : وإن كان الأب زمنًا ، يقضى بنفقة الصغار على الجدّ ، ولم يرجع على أحد بالإنفاق ؛ لأن نفقة الأب في هذه الحالة على الجد ، فكذا نفقة الصغار . وروي عن أبي يوسف رحمه الله في صغير له والد محتاج وهو زمن : فرضت نفقته على قرابته من قبل أبيه دون أمه ، فكل من يجبر على نفقة الأب يجبر على نفقة الغلام ، وإن لم يكن له قرابة من قبل أبيه ، فضيت بالنفقة على أب ، وأمرت قرابة الأم بالإنفاق ، فيكون ذلك دينًا على الأب ؛ وهذا لأن قرابة الأم لا يجوز أن يجب[2] عليهم نفقة الولد ، لما عرف أنّ الأب لا يشاركه غيره في نفقة الصغير ، فإذا لم يكن للأب قرابة ، لم يبق[3] هنا وجها سوى أن يقضي بالنفقة على قرابة الأم ، ويكون ذلك دينًا على الأب ؛ كيلا يشارك الأب غيره في نفقة الولد . فأما قرابة [الأم][4] فمما يلزمهم نفقة الأب ، فجاز أن يلزمهم نفقة الغلام ؛ لكون نفقة ولده جارية مجرى

---

(١) هكذا في "م" ، وكان في الأصل : فالنفقة .

(٢) وفي "ف" : أن يجعل .

(٣) وفي "ط" : لم يكن .

(٤) هكذا في "م" ، وكان في النسخ البواقي : الأب ، وهو الخطأ .

نفقته، هكذا ذكر هذه المسألة في "شرح القدوري". وهذا الجواب إنما يستقيم، إذا لم يكن في قرابة الأم من يكون محرمًا للصغير، ويكون أهلا للإرث؛ لأن شرط وجوب النفقة في غير قرابة الأولاد المحرمية وأهلية الإرث على ما يأتي بعد هذا - إن شاء الله تعالى - فأما إذا كان في قرابة الأم من كان محرمًا للصغير وهو أهل الإرث، يجب عليه النفقة، ويلحق الأب المعسر بالميت، لما ذكرنا قبل هذا - ولله الحمد -.

نوع آخر في نفقة من سوى الوالدين والمولودين من ذوي الأرحام:

٤٥٦٥ - والأصل فيه قول الله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾[١]. والمراد الوارث الذي هو ذو محرم، وهو قول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، وهكذا كان يقرأ. وبه أخذ أصحابنا[٢] رحمهم الله، حتى لا تجب النفقة على ابن العم وإن كان وارثًا؛ لأنه ليس بمحرم للصغير، والمراد من الوارث في هذه الآية كونه أهلا للإرث، لا كونه وارثًا حقيقة، وبه أخذ أصحابنا رحمهم الله، حتى إنه إذا اجتمع الخال وابن العم، فالنفقة على الخال عند علمائنا الثلاثة وإن كان الميراث لابن العم؛ لأن الخال ذو رحم محرم، وهو أهل للإرث، وابن العم وإن كان وارثًا، فهو ليس بمحرم للصغير.

فالحاصل أن هذه النفقة لا تجب إلا على ذي رحم محرم هو أهل للإرث، سواء كان وارثًا في هذه الحالة أو لم يكن، وعند الاستواء في المحرمية وأهلية الإرث يترجح من كان وارثًا حقيقة في هذه الحالة، حتى إنه إذا كان له عم وخال، فالنفقة على العم؛ لأنهما يستويان في المحرمية، ويترجح العم على الخال في هذه الحالة بكونه وارثًا حقيقة، وكذلك إذا كان له عم وعمة وخالة، فالنفقة على العم الموسر لا غير؛ لأنه ساواهما في المحرمية، والعم هو الوارث دونهما، فتكون النفقة عليه، ولو كان العم معسرًا، فالنفقة على العمة والخالة أثلاثًا، على قدر ميراثهما، ويجعل العم كالميت.

٤٥٦٦ - إذا ثبت هذه الجملة فنقول: لا تجب [هذه][٣] النفقة إلا على الموسرين، ولا تجب على الفقراء قليل ولا كثير؛ لأن هذه النفقة تجب بطريق الصلة، والصلات تجب على

(١) البقرة: ٢٣٣.

(٢) وفي م: بعض أصحابنا.

(٣) أثبت من جميع النسخ التي عندنا.

الأغنياء [دون الفقراء][1] لتكافؤ التعارض. ثم لا بد من معرفة حد اليسار الذي تعلّق به وجوب هذه النفقة، وذكر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله أنه اعتبر نصاب الزكاة. وروى هشام عن محمد أنه إذا كان له نفقة شهر لنفسه وعياله وفضل عن ذلك، يجبر على نفقة الأقارب، وإن لم يكن له شيء ويكتسب كل يوم درهماً، ويكفيه أربعة دوانيق، يفضل الفضل [على ذلك، يجبر على النفقة][2] عليهم.

٤٥٦٧- وذكر الشيخ الإمام الزاهد المعروف بخواهر زاده: أن المعتبر يسار محرّم للصدقة، بأن يملك ما فضل عن حاجته ما يبلغ مائتي درهم فصاعداً. وهو الصحيح؛ وهذا لأنه لم يشترط لوجوب صدقة الفطر غنى موجباً للزكاة، إنما شرط غنى محرّم للصدقة، فكذا في حق إيجاب النفقة؛ لأن النفقة بصدقة الفطر أشبه منه بالزكاة؛ لأن في صدقة الفطر معنى المؤونة ومعنى الصدقة، وإذا لم يشترط لصدقة الفطر غنى موجب للزكاة، وهي صدقة من وجه [ومؤونة من وجه][3]، فلأن لا يشترط لوجوب النفقة غنى موجب للزكاة، وإنها مؤونة من كل وجه كان أولى.

٤٥٦٨- قال: ولا يقضى بنفقة أحد من ذوي الأرحام إذا كان غنياً، وأما الكبار الأصحاء فلا يقضى لهم بنفقتهم على غيرهم وإن كانوا فقراء، إلا الأبوين والجد والجدة [مع علمهما][4]، وقد ذكرنا هذا فيما تقدم، ويجب نفقة الإناث الكبار من ذوي الأرحام، وإن كنّ صحيحات البدن إذا كان لهنّ حاجة إلى النفقة، وقد ذكرنا مثل هذا في نفقة الأولاد.

٤٥٦٩- ثم الأصل في نفقة من سوى الوالدين والمولودين من ذوي الأرحام المحرم أنه يقسم على قدر الميراث؛ لأن الله تعالى أوجب النفقة باسم الوارث، قال الله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾[5]. فقد وجب باسم الوارث، فيجب التقدير به؛ ولهذا قلنا: إنّ الرجل إذا أوصى لورثة بني فلان وله بنون وبنات، كانت الوصية لهم على قدر الميراث، ولو أوصى لولد فلان كان الذكر والأنثى فيه على السواء، فعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل.

٤٥٧٠- قال: إذا كان للصغير أم وعمّ، أو أم وأخ لأب وأم كل واحد منهما موسر،

---

(١) أثبت من النسخ التي عندنا.

(٢) هكذا في م.

(٣) أثبت من النسخ التي عندنا.

(٤) أثبت من "ب" و"ف" و"م".

(٥) البقرة: ٢٣٣.

فالنفقة عليهما على قدر الميراث كنفقة الولد ، وكذلك الرضاع عليهما أثلاثاً ؛ لأن الرضاع نفقة الولد ، فيكون عليهما على قدر الميراث ، كنفقة الولد بعد الفطام . وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله : أن في النفقة بعد الفطام الجواب هكذا ، وكذلك فيما يحتاج إليه من النفقة قبل الفطام ، فأما الرضاع فكله على الأم ؛ لأنها موسرة بالدّر ، والعم معسر في ذلك ، ولكن في ظاهر الرواية قال : قدرة العم على تحصيل ذلك بماله يجعله موسراً فيه ، فههنا كان عليهما أثلاثاً . وإن كان العم فقيراً والأم غنية ، فالرضاع والنفقة على الأم ؛ لما ذكرنا أن المعسر يجعل كالمعدوم في حق إيجاب النفقة على الموسر . وإن كان له أم ، وأخ لأب وأم ، وأخ لأب ، وهم أغنياء ، فالرضاع على الأم والأخ أثلاثاً بحسب الميراث ؛ لأن العم ليس بوارث في هذه الحالة ، وترجّح الأخ على العم ؛ لكونه وارثاً حقيقة .

٤٥٧١ - قال : وإذا كان للفقير الزمن ابن صغير معسر أو كبير زمن ، ولهذا المعسر ثلاثة إخوة متفرقين أهل يسار ، فنفقة الرجل على الأخ من الأب والأم ، والأخ من الأم أسداساً ؛ لأن الابن الصغير والمعسر يجعل كالمعدوم في إيجاب النفقة على الغير ؛ لما ذكرنا أن النفقة ما عدا الوالدين والمولودين يجب على وارث ذي رحم محرم ، وما لم يجعل الابن كالمعدوم ، لا يصير الإخوة ورثة ، فيتعذر إيجاب النفقة عليهم حال قيام الابن ، فيجعل الابن كالمعدوم ، وبعده الميراث بين الأخ لأب وأم ، وبين الأخ لأم أسداساً هكذا النفقة .

٤٥٧٢ - ولو كان مكان الابن بنت ، فنفقة الأب على الأخ لأب وأم خاصة ؛ لأنا نحتاج إلى أن نجعل الابنة كالمعدوم في حق إيجاب النفقة على الإخوة[1] ؛ لأن الأخ لأب وأم يرث مع البنت ، ولكن [تعتبر][2] صفة الوراثة مع بقائها ، وقد تعذر إيجاب النفقة على البنت ، فيجب على الأخ لأب وأم . وأما نفقة الصغير فعلى العم لأب وأم خاصة ؛ لأن الأب المعسر في حق النفقة جعل كالمعدوم ، وبعد الأب ميراث الولد للعم لأب وأم خاصة ، فكذلك نفقة الولد تجب على العم لأب [وأم][3] .

٤٥٧٣ - قال : فإن كان مكان الإخوة أخوات متفرقات ، فإن كان الولد ذكراً ، فنفقة الأب على الأخوات أخماساً ؛ [لأن أحداً من الأخوات لا ترث مع الابن ، فلا بد وأن يجعل

---

(١) وفي ف ، م : في حق إيجاب النفقة على الإخوة ، لأنه يرث مع الابنة الأخ لأب وأم ، ولكن ... إلخ .

(٢) هكذا في النسخ الباقية التي عندنا ، وكان في الأصل : نعتبر .

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل والنساخ من ظاهره وف .

الفصل الرابع
في نفقات أهل الكفر

٤٥٧٥ - [في هذا الفصل نوع واحد :][١] قال : ولا يجبر المسلم على نفقة الكافر من قرابته ، ولا الكافر على نفقة المسلمين من قرابته ؛ لأن استحقاق النفقة متعلقة بصفة الوراثة ، قال الله تعالى : ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾[٢] ، واختلاف الدِّينين يمنع الوراثة ، فيمنع الفصل بالنفقة ، إلا الزوج والوالدين والولد ، أما الزوجة فلأن استحقاق الزوجة النفقة بحكم العقد ، وذلك يتحقق مع اختلاف الدِّينين ، وأما الوالدان والولد ، فالقياس أن لا يثبت لهم استحقاق النفقة مع اختلاف الدِّينين ؛ لأن استحقاق الوالدين والولد النفقة بطريق الصلة كما في سائر الأقارب ، ولكن في الاستحسان يثبت الاستحقاق ، إذا كان أحدهما مسلمًا ، والآخر ذميًا ؛ لقوله تعالى : ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾[٣] ، وليس من المصاحبة بالمعروف أن يتقلب في نعم الله تعالى ، ويتركهما يموتان جوعًا ، ولأن الاستحقاق فيما بين الوالدين والمولودين متعلق بالأولاد ، وذلك لا يختلف باختلاف الدِّين ، وفي سائر الأقارب الاستحقاق بالوراثة ، وذلك يختلف باختلاف الدِّين .

٤٥٧٦ - قال : والنوافل بمنزلة الأولاد ، والأجداد ، والجدات من قبل الأب والأم بمنزلة الوالدين ؛ لأن استحقاق هؤلاء باعتبار الولاد كاستحقاق الأبوين . قال : ولا يجبر المسلم والذمي على نفقة والديه وولده من أهل الحرب ، وإن كانا مستأمنين في دار الإسلام ؛ لأنه صلة وقد نهينا عن صلة الحربي ، قال الله تعالى : ﴿إِنَّمَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ﴾[٤] الآية ، وكذلك الحربي الذي دخل إلينا بأمان لا يجبر على نفقة والديه [وولده][٥] إذا كانا مسلمين ، أو كانا من أهل الذمة .

---

(١) أثبت من ب .

(٢) البقرة : ٢٣٣ .

(٣) لقمان : ١٥ .

(٤) الممتحنة : ٩ .

(٥) هكذا في ب .

٤٥٧٧ – قال: ولا يجبر أهل الذمة على أن ينفقوا على أحد من ذوي أرحامهم، إذا كانوا على غير دينهم، يريد به دينًا هو غير دين الإسلام، إلا على الأولاد، والوالدين، والأجداد، وهكذا ذكر الخصاف في نفقاته. قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى في "شرح النفقات": ما ذكر الخصاف رحمه الله تعالى إن كان محمولاً على ما إذا كانوا من دارين مختلفين، يعني إذا كان الذمي ذو رحم محرم هو من أهل الحرب، فهذا الجواب صحيح لما ذكرنا قبل هذا، وأما إذا كان هذا الجواب يجري على الإطلاق، فالصحيح ما ذكر في "المبسوط" أنهم يجبرون؛ لأن الكفر ملة واحدة، ولهذا يتوارثون فيما بينهم إذا كانوا من أهل دار الإسلام، وتقبل شهادة بعضهم على البعض. فأما نفقة المرأة فتجب وإن كانت على غير دينه؛ لما ذكرنا أنها تستحق النفقة بالعقد، وذلك لا يختلف باختلاف الدين.

٤٥٧٨ – قال: ولو أن مستأمنًا في دارنا تزوج ذمية، ودخل بها، ثم طلقها، فلها العدة في قول من يوجب على الذمية العدة، وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، وقد عرف هذا في "نكاح المبسوط" في باب نكاح أهل الحرب. قال: والذمي إذا تزوج بمحارمه وذلك نكاح في دينهم، وطلبت منه نفقة النكاح، فعلى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يفرض لها نفقة النكاح، وعلى قياس قولهما: لا يفرض، بناء على أن لهذا النكاح حكم الصحة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، حتى قال: إذا طلب أحدهما تفرقة، فالقاضي لا يفرق بينهما، ما لم يطالب الآخر، والمرأة تستحق النفقة في النكاح الصحيح. وعندهما لهذا النكاح حكم الفساد، حتى قال: يفرق بينهما إذا طلب أحدهما، وفي النكاح الفاسد لا يثبت استحقاق النفقة. وأجمعوا على أن في النكاح بغير شهود تستحق هي النفقة؛ لأن هذا النكاح محكوم بالصحة فيما بينهم عند الكل، فتستحق النفقة لهذا.

٤٥٧٩ – قال: وإذا أسلم الذمي وامرأته من غير أهل الكتاب فأبت الإسلام، وفرق بينهما فلا نفقة لها في العدة؛ لأن منفعة الاحتباس إنما فاتت من جهتها، ولهذا يسقط جميع المهر لو كان قبل الدخول بها، ومنفعة الاحتباس متى فاتت من جهتها توجب سقوط النفقة كما لو نشزت، فأما إذا أسلمت المرأة وأبى الزوج الإسلام يفرق بينهما سواء كان الزوج كتابيًا أو غير كتابي، على ما عرف في "نكاح المبسوط"، وكانت لها النفقة والسكنى إذا كان بعد الدخول بها؛ لأن منفعة الاحتباس إنما فاتت لمعنى من جهة الزوج، فتكون معتبرة عنه كما لو طلقها بعد الدخول بها.

٤٥٨٠ – قال: وإذا خرج الحربي وامرأته إلينا بأمان، وطلبت النفقة، فالقاضي لا

يفرض لها ذلك، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله تعالى في نفقاته، وعليه الفتوى؛ لأن هذا من الحكام، ولم يرضوا[1] بأحكامنا، إلا أن يصيرا ذميين، فحينئذ القاضي يفرض لها النفقة؛ لأنهم صاروا ملتزمين أحكامنا، وإذا خرج أحد الزوجين مستأمنًا، ثم خرج الآخر بعده فلا نفقة لها عليه؛ لأن الزوج إذا كان هو الخارج أولاً، فلا عدة عليها بالاتفاق، وإن كانت المرأة هي الخارجة، فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا عدة عليها، وعندهما وإن كانت عليها العدة إلا أن وجوب نفقة العدة باعتبار ملك حبس النكاح للزوج عليها في حالة القيام، وتباين الدارين كما يقطع عصمة النكاح يقطع ملك الحبس الثابت بالنكاح أيضًا.

٤٥٩٢ - قال في السير الكبير: لو فرض القاضي نفقة زوجة رجل من المسلمين، ثم إن الزوج صار أسيرًا في دار الحرب فشهد شهود بينة على ردة الأسير فرض القاضي نفقة المرأة، حسبت ما أخذت من النفقة؛ لأنه تبين أنها أخذت بغير حق، فإن قالت: احتسبوا لي من نفقة عدتي، فلا يفرض لها الحاكم نفقة العدة؛ لأن ردة الزوج حصلت في دار الحرب، فكانت بمنزلة الموت، ولو مات الزوج لا نفقة لها في عدتها، فإن قبضت نفقة شهر، ثم قامت بينة على ردة الزوج بعد مضي عشرة أيام من الشهر، كان كل ذلك للمرأة في قياس قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وفي قياس قول محمد رحمه الله تعالى: إنما مقدار ما يجب لها قبل الردة، وهذه المسألة بناء على ما إذا أعطى الزوج امرأته نفقة شهر، ثم مات أحدهما قبل مضي الشهر فإنه لا يرجع عليها بشيء في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وفي قول محمد: يرجع عليها بحساب ما مضى، ويحسب لها ما بقي. ووجه البناء هو أن الردة حصلت في دار الحرب، وكانت بمنزلة الموت.

---

(١) في ب: يرضيا.

الفصل الخامس
في نفقة المماليك

هذا الفصل يشتمل على أنواع

نوع في بيان استحقاق نفقة المماليك:

٤٥٨٢ قال في الكتاب: ظاهر مذهب أصحابنا رحمهم الله تعالى: أن الإنسان لا يجبر على الإنفاق على ملكه سوى الرقيق كالدابة والزرع والنخيل، وأما في سائر الحيوانات يفتى فيما بينه وبين الله تعالى بالإنفاق، وروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يجبر على الإنفاق على البهائم أيضاً، وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى، وأما في غير الحيوانات كالدور والعقار فلا يجبر على النفقة، ولا يفتى به أيضاً، إلا أنه إذا كان فيه تضييع المال يكون مكروهاً. وأبو يوسف والشافعي رحمهما الله تعالى احتجا وقالا بأن في عدم الجبر على الإنفاق على البهائم تعذيب الحيوان بلا فائدة، وذلك منهي، وقاساه على الرقيق. ونحن نفرق بينهما، ووجه الفرق وهو أن إجبار القاضي المولى على الإنفاق على مملوكه نوع قضاء، والقضاء لا بد له من مقضي له هو من أهل الاستحقاق، وهذا يوجد في الرقيق؛ لأن الرقيق من أهل أن يستحق حقوقاً على المولى وعلى غيره في الجملة، ألا ترى أن المكاتب يستحق حقوقاً على المولى وإن كان مملوكاً، وأما غير الرقيق [والمكاتب][1] لا يستحق حقوقاً على المولى، فلا يصح مقضياً له، فانعدم شرط القضاء فيعدم القضاء.

٤٥٨٣ ثم الأصل في نفقة الرقيق أن من كان مملوك المنافع والمكاسب يجبر المولى على نفقته، ومن كان غير مملوك المنافع لا يجبر المولى على إنفاقه، وإذا ثبت هذا فنقول: رجل له عبد أو أمة، أو مدبر أو مدبرة، أو أم ولد، يجبر المولى على نفقتهم، فإن أبى المولى الإنفاق، فكل من يصلح للإجارة يؤاجر، وينفق عليه من أجرته، ومن لا يصلح لذلك لصغر أو ما أشبهه، ففي العبد والأمة يؤمر المولى أن يعتقهما أو يبيعهما، وفي المدبر وأم الولد يجبر المولى على الإنفاق لا غير؛ لأنه لا [يملك][2] بيعهم. وأما المكاتب فالمولى لا يجبر على نفقته؛ لأنه غير مملوك المنافع والمكاسب.

(١) أثبت من ب.

(٢) هكذا في ب، وفي ظ: لا يملك بيعهم.

٤٥٨٤ - ثم فرّق بين نفقة الرقيق وبين نفقة الزوجة من وجهين: أحدهما: أن الرقيق وإن كان صغيراً تجب النفقة على المولى، والزوجة إذا كانت صغيرة لا تجامع لا تجب النفقة على الزوج. والثاني: أن المولى إذا أبى الإنفاق على الرقيق يجبر على البيع، والزوج إذا عجز عن الإنفاق على امرأته، لا يفرّق بينهما. أما الفرق الأول فقد ذكرنا في أول فصل نفقة الزوجات، وأما الفرق الثاني فهو أن المولى إذا أجبر على البيع دفعاً للظلم عن المملوك، يزول ملكه إلى خلف وهو الثمن، ولو لم يجبر يفوت حق المملوك في النفقة لا إلى خلف؛ لأن نفقة المملوك لا تصير ديناً على المولى بمضي من الأزمان، فكان الجبر على البيع أقل ضرراً. أما في باب النكاح [لو أجبر](1) الزوج على التفريق دفعاً للظلم عن المرأة يفوت ملك الزوج بغير خلف، ولو لم يجبر يفوت حق المرأة في الحال إلى خلف، فإن نفقة الزوجة تصير ديناً بقضاء القاضي، فكان ما يلحق الزوج من الضرر أكثر، فكان أولى بالدفع.

٤٥٨٥ - قال: عبد أو أمة في يدي رجلين تنازعا فيه، وكل واحد منهما يدّعي أنه له، فإنهما يجبران على النفقة عليه؛ لأنه لما كان في أيديهما، فالظاهر أنه ملكهما. ولو كان مكان العبد والأمة دابة، لا يجبران على النفقة؛ لأنهما لو كانت ملكهما لا يجبران، فكذا إذا كانت في أيديهما.

٤٥٨٦ - قال: ولا تجب نفقة المعتق على المعتق، وإن كان المعتق عاجزاً عن الاكتساب لصغر، أو زمانة، أو ما أشبه ذلك، ولكن ينفق عليه من بيت المال؛ لأنه مسلم ليس له قرابة غني، ومال بيت المال معدّ لذلك.

٤٥٨٧ - قال: ولو أن رجلاً في يديه صبي، فقال الآخر: هذا عبدك أودعتني، وجحد الآخر، يستحلف بالله ما أودعه، فإذا حلف، قضي بالنفقة على صاحب اليد؛ لأن الغلام إذا كان صغيراً لا يكون هو في يد نفسه، فكان القول في رقه وحريته قول من هو في يده، وقد اعترف ذو اليد برقه فصح اعترافه، ثم أقر أن ذلك الرق لغيره، فيبقى على حكم ملكه ما لم يصدقه ذلك الغير. ولو كان ذلك الغلام كبيراً لم يستحلف المدعى عليه؛ لأن الكبير في يد نفسه، فكان القول في الرق والحرية قوله، فيكون الإنفاق واجباً على من يدعي الغلام أنه عبده(2) دون من يقر له ذو اليد.

٤٥٨٨ - والأصل لمحمد هذا: أن النفقة إنما تجب على من تحصل له المنفعة، فكل من

---

(١) هكذا في [illegible] وفي [illegible] : لو أمر الزوج.

(٢) وفي [illegible] : أنه عبده إذا ثبت ذلك دون من يقر له ذو اليد.

ولآخر بجلدها، فالتخليص عليهما إذا لم يبق من الثلث شيء كما في الحنطة والتبن. وإن كانت الشاة حية وباقي المسألة بحالها، فأجر الذبح[1] على صاحب اللحم؛ لأن اللحم لا يحصل إلا بالذبح، فأما الجلد فحاصل من غير ذبح؛ لأنها وإن كانت ميتة يحصل الجلد، ثم أجر السلخ [عليهما، لأن منفعة السلخ][2] يحصل لهما.

نوع آخر في إيجاب النفقة في الملك الموقوف:

١٥٩٣ - قال: وإذا شهد الشاهدان على رجل في يديه أمة، أن هذه الأمة حرة، قبل القاضي هذه الشهادة، ادعت الأمة ذلك أو جحدت، ويضع القاضي الأمة على يدي عدل ما دام في مسألة الشهود، هكذا ذكر الخصاف في "أدب القاضي". وذكر محمد رحمه الله تعالى في "الجامع": أن القاضي يضعها على يدي امرأة ثقة، ويستوي فيه أن يكون المولى عدلا أو غير عدل، كما في طلاق المرأة على ما مر قبل هذا. وإن طلبت النفقة بعد ما وضعها القاضي على يدي عدل، فرض القاضي لها النفقة على الذي كانت في يديه، وهو المولى الظاهر؛ لأن نفقتها كانت واجبة عليه قبل قيام البينة، فإن كانت البينة صادقة، سقطت نفقتها عنه، وإن كانت كاذبة، لا تسقط وإن صارت ممنوعة عن المولى، فإن نفقة المملوك لا تسقط عن المولى [وإن كان ممنوعا عن المولى][3] على ما يأتي بعد هذا وقع الشك في سقوط النفقة، فلا يسقط بالشك.

وقول محمد رحمه الله تعالى في الكتاب: إن القاضي يفرض لها النفقة، ليس المراد منه الفرض حقيقة؛ لأن مولاها قادر، ونفقة المملوك لا تصير دينا على المولى فيما مضى وإن اتصل القضاء بها، إذ المملوك لا يستوجب على مولاه دينا، ولكن المراد منه أن القاضي يقدر لها نفقة، ويجبره على أدائها، والفرض هو التقدير، قال الله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[4] أي قدرتم، فإن أخذت نفقتها شهرا، ثم لم يزك الشهود، وردت الأمة على مولاها، لا يرجع المولى عليها بما أنفق. وفي المنكوحة إذا كانت مدخولا بها، وفرض القاضي لها النفقة، فلم يزك الشهود، وردت المرأة على الزوج، فالزوج يرجع عليها بما أنفق.

---

(١) وفي "ظ": فأجر الذبح.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من "ظ" و "م" و "ف".

(٣) أثبت من "ب" و "ظ" و "ف" و "م".

(٤) البقرة: ٢٣٧.

وفي المسألتين جميعاً تبين أن كل واحدة منهما ، منكوحة ومملوكة منعتا عن الزوج والمولى ، لا لمعنى من جهة الزوج والمولى ، إلا أن المنكوحة إذا منعت عن الزوج لا لمعنى من جهة الزوج ، تسقط نفقتها عن الزوج لما مر قبل هذا . والمملوكة إذا منعت عن المولى ، لا لمعنى من جهة المولى ، لا تبطل نفقتها ؛ لأن نفقة المملوك لمنة الملك ، والملك ثابت في هذه الحالة[1] .

فإن زكيت الشهود ، فإن أنفق المولى عليها على وجه التبرع ، أو أكلت في بيت المولى بإذن المولى ، فلا رجوع له عليها كما في سائر التبرعات ، فإن أجبر القاضي المولى على ذلك ، أو أكلت في بيت المولى بغير إذن المولى ، رجع عليها ، بخلاف الطلاق . والفرق وهو أن الاستحقاق هنا بحكم الملك ، وتبين أنه لا ملك له في ذلك الوقت ، إذ القاضي إنما يقضي بحريتها من الوقت الذي شهد به الشهود ، فتبين أنها أخذت بغير حق ، وثمة الاستحقاق باعتبار كونها محبوسة بحق الزوج [وتبين أنها محبوسة بحق الزوج][2] في العدة ، ويستوي في جميع ما ذكرنا إن شهد الشهود بحريتها من الأصل ، أو بحريتها بإعتاق وجد من المولى ؛ لأن المعنى لا يوجب الفصل .

٤٥٩٤ - قال : أمة في يدي رجل ، ادعى رجل أنها له وأقام شاهدين ، فالقاضي يضعها على يدي عدل ما دام في المسألة عن الشهود ، كما قلنا . فإن طلبت النفقة ، وفرض لها القاضي النفقة ، ثم لم يزك الشهود ، وردت الجارية على المولى ، فالمولى لا يرجع بما أنفق على أحد لما قلنا . وإن زكيت الشهود ، وقضى القاضي بالجارية للمدعي ، لم يكن للمشهود عليه أن يرجع على المدعي ، لأنه أنفق على جارية الغير بغير إذن ذلك[3] الغير .

وهل يرجع بذلك على الجارية ؟ على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يرجع ، وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى : يرجع ، ويكون ذلك ديناً في ذمة الجارية تباع فيه ، إلا أن يفديه المقضي له ؛ لأن القاضي لما قضى بالجارية للمدعي ، ظهر أن المدعى عليه كان غاصباً في حال ما أنفق عليها ؛ لأنها في يد العدل ، ويد العدل يد المدعى عليه ، ولهذا لو هلكت في يد العدل ضمن للمدعي قيمتها ، فتبين أن الجارية استهلكت شيئاً من مال الغاصب .

٤٥٩٥ - ومن أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى : أن جناية المغصوب على مال الغاصب هدر كجناية المملوك على مال المالك ، وعندهما معتبر كجنايته على مال الأجنبي ، وهي من

---

(١) وفي ... : والملك باق في هذه الحالة

(٢) أثبت من ف ، م ، ج .

(٣) وفي ب : بغير إذن المالك ، وفي ف : بغير إذن المولى

مسائل الزيادات ، ثم إن عتقها إذا بيعت أو فداها القاضي له ، يرجع على المقضي عليه بالأقل من قيمتها ومن الفداء ، وكذلك لو رفعها إلى القاضي وهي في يده ، ففرض لها نفقة أو أنفقت شيئاً من ماله بغير إذنه ، ثم استحقت فهذا والأول سواء ، يعني لم يصر ديناً في رقبتها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما.

٤٤٩٦ - قال : وإن كان مكان الجارية عبداً ، وباقي المسألة بحالها ، فإن القاضي لا يضع العبد على يدي عدل ، إلا إذا كان المدّعى عليه [لا يجد] (١) كفيلاً بنفسه وكفيلاً بالعبد ، وكان المدّعي لا يقدر على ملازمته ، وكان المدّعى عليه مخوفاً على ما في يده بالإتلاف ، فحينئذ يضعه القاضي على يدي عدل بخلاف الأمة ، والفرق عرف في موضعه.

٤٤٩٧ - وكذلك إذا كان المدّعى عليه فاسقاً معروفاً بالفجور مع الغلمان ، فإن القاضي يضعه على يدي عدل ، وهذا لا يختص بالدعوى والبينة ، بل في كل موضع كان صاحب الغلام معروفاً بالفجور مع الغلمان ، فالقاضي يخرج الغلام من يده ويضعه على يدي عدل ، بطريق الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

٤٤٩٨ - وإذا وضع القاضي العبد على يدي عدل ، أمره أن يكتسب وينفق على نفسه ، إذا كان قادراً على الكسب كما قبل الوضع على يدي العدل ، بخلاف الأمة ؛ لأنها عاجزة عن الكسب عادة ، حتى لو كانت الأمة قادرة على الكسب ، معروفة بذلك بأن كانت خبّازة أو غسّالة ، تؤمر بالكسب أيضاً ، هكذا قال الشيخ أبو بكر البلخي ، والفقيه أبو إسحاق الحافظ رحمهما الله تعالى . وإن كان العبد عاجزاً عن الكسب لمرض أو صغر ، يؤمر المدّعى عليه بالنفقة ؛ لأنه الآن بمنزلة الأمة.

٤٤٩٩ - قال : وإن كان مكان العبد دابة ، والمدّعى عليه لا يجد كفيلاً ، وهو مخوف على ما في يده ، والمدّعي لا يقدر على ملازمته ، فالقاضي يقول للمدّعي : أنا لا أجبر المدّعى عليه على الإنفاق ، لكن إن شئت أن أضعها على يدي عدل ، فأنفق عليها ، وإلا لا أضع على يدي عدل ، بخلاف العبد والأمة ، وهذا لأن المقصود من الوضع على يدي العدل صيانة حق المدّعي ، وهو القضاء (٢) له بالمدّعى به ، حتى تزكى الشهود ، وهذا لأن المقصود يفوت [لو] (٣) الدابة متى لم يلزم المدّعي الإنفاق ؛ لأن المدّعى عليه لا يجبر على نفقته وإن كان هو المالك

---

(١) هكذا في جميع النسخ التي بأيدينا.

(٢) وفي ظ و ب : وهو القضاء للمدعي به.

(٣) هكذا في النسخ التي عندنا ، وكان في الأصل : حتى مكان لو.

ذلك، على ما عليه ظاهر الرواية عن أصحابنا رحمهم الله تعالى، فلو لم ينفق المدعي على الدابة تتلف الدابة، فلا يحصل ما هو المقصود للمدعي من وضع الدابة على يدي العدل، بخلاف العبد والأمة؛ لأن المدعى عليه يجبر على إنفاقهما، وإن وضعا على يدي العدل، فلا ضرورة إلى أمر المدعي بالإنفاق، والله المنعم على الإطلاق.

نوع آخر في الإنفاق على العين المشتركة[1]

٤٦٠٠ - قال: دابة بين رجلين امتنع أحدهما عن الإنفاق عليها، وطلب الآخر من القاضي أن يأمره بالنفقة حتى لا يصير متطوعًا، فالقاضي يقول للآبي: إما أن تبيع نصيبك أو تنفق عليها. هكذا ذكر الخصاف رحمه الله تعالى في نفقاته، فقد فرّق بين هذا وبين ما إذا كانت الدابة كلها لهما، وثَمّ[2] هناك إذا امتنع عن الإنفاق عليها لا يجبر على ذلك. وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرح كتاب المزارعة: أن هناك لا يجبر الآبي على الإنفاق أيضًا. والفرق على رواية الخصاف أن الدابة إذا كانت كلها لرجل، فليس في ترك الإنفاق إتلاف ملك الغير، بل فيه إتلاف ملك نفسه، فلو وجب الإنفاق وجب لملكه، وملكه دابته، وإنها ليست من أهل الاستحقاق، أما هنا في ترك الإنفاق إتلاف ملك الغير، وهو ملك صاحبه، وصاحبه من أهل الاستحقاق، فجاز الجبر.

٤٦٠١ - قال: نهر مشترك بين قوم وهو شرب لهم ولأراضيهم، احتاج هذا النهر إلى الكري، فأبى بعض أهل النهر الكري، فالكلام هنا في مواضع.

أحدها في النهر الأعظم، فنقول: النهر الأعظم إذا احتاج إلى الكري، فالسلطان يكريه من مال بيت المال، وكذلك إذا احتيج إلى إصلاح مسناته[3]، ويصرف في هذا الكري مال الخراج والجزية وما يجري مجراهما، ولا يصرف فيه الصدقات والعشر. وإن لم يكن في بيت المال شيء، فالإمام يجبر الناس على الكري، إلا أنه يخرج إلى الكري من كان يطيق الكري منهم، ثم يجعل مؤونتهم على الأغنياء المياسير الذين لا يطيقون الكري بأنفسهم.

٤٦٠٢ - وأما النهر الذي دخل تحت القسمة، إلا أن المشتركة فيها عامة كالكلأ وما أشبهه، فكري هذا النهر على أهلها، فإن أبى بعضهم الكري يجبر الآبي على الكري.

(١) هكذا في نسخة ط، وكان في الأصل: العين المشترك.

(٢) وفي م: وإن هناك هناك.

(٣) المسناة: سد الماء.

على الكري، قال أبو حنيفة رحمه الله : مؤونة الكري من أعلى النهر، فإذا جاوز أرض رجل يرفع عنه مؤونة الكري، وقال أبو يوسف ومحمد : الكري عليهم جميعًا من أول النهر إلى آخره بحصص الشرب والأرضين، وأما إذا جاوز [موضعه][1] فوهته[2] رجل، هل يرفع عنه مؤونة الكري؟ عند أبي حنيفة رحمه الله : الصحيح[3] أنه لا يرفع ما لم يجاوزوا أرضه، وعلى هذا الاختلاف إذا احتاجوا إلى إصلاح حافتي هذا النهر.

٤٦٠٧ - وأما إذا كان النهر عظيمًا عليه قرى يشربون منها، وهي التي تدعى بالفارسية : كام، فأنفقوا على كري هذا النهر، فبلغوا فوهة نهر قرية، هل يرفع عنهم مؤونة الكري؟ لا رواية لهذه المسألة في المبسوط، قال الإمام الشيخ خواهر زاده: ذكر هذه المسألة في النوادر أنها ترفع[4] بالاتفاق، وعلى قياس المسألة الأولى ينبغي أن يشترط لرفع مؤونة الكري مجاوزة الكري أراضي هذه القرية.

٤٦٠٨ - قال: زرع بين رجلين أبى أحدهما أن ينفق عليه، لا يجبر على ذلك لما قلنا، لكن يقال للآخر : أنفق أنت وارجع بنصف القيمة في حصة شريكك. وكذا الحمام إذا كان بين رجلين فانثلم القدر[5]، أو [انهدم][6] الحوض، أو شيء من الحمام، فأبى أحدهما الإنفاق لا يجبر عليه، ولكن يؤمر الآخر بالإنفاق، ثم يرجع بحصة صاحبه في الغلة، وأما إذا انهدم الحمام كله، فأراد أحدهما أن يبني وأبى الآخر، يقسم أرض الحمام؛ لأنه إن كان لا يمكنه أن يبني الحمام، يمكنه أن يبني شيئًا آخر.

٤٦٠٩ - قال: البئر إذا كانت بين رجلين، وهو شرب لأشجارهما، فامتنع أحدهما عن إصلاحه وقال: أنا لا أسقي من شيء منها، لا يجبر على ذلك لما قلنا، فإذا أصلح الآخر لا يكون له أن يرجع على الآبي. ولم يذكر الرجوع هنا على الآبي، وذكر الرجوع في المسائل

---

(١) وفي م : وأما إذا جاوز أحد منه أول النهر، هل يرفع عنه إلخ؟ وفي ب وف : وأما إذا جاوزوا فوهة رجل أهل إلخ؟

(٢) لعله موهة

(٣) وكان في الأصل: والصحيح.

(٤) وفي ب وف : ذكر هذه المسألة في النوادر لا ترفع بالاتفاق، وفي م : ذكر هذه المسألة في النوادر : أنه ترفع بالاتفاق، وعلى قياس المسألة في النوادر أنه ترفع بالاتفاق.

(٥) وفي ظ : حاسب القدر

(٦) أثبت من ظ

المتقدمة . فيحتمل أن الذي أصلح الستر أصلح بغير أمر القاضي ، وفي تلك المسائل إن كان الإنفاق بغير أمر القاضي ، لا يكون متبرعًا لولاية الإجبار أيضًا على الآبي ، ويحتمل أن يكون أصلح بأمر القاضي ، فعلى هذا يحتاج إلى الفرق بين هذه المسألة وبين المسائل المتقدمة والفرق وهو أن [النفقة] [١] ههنا إنما تجب بإزاء المنفعة ، فإذا امتنع عن الانتفاع لم يكن عليه شيء ، أما فيما تقدم إن تعذر الإيجاب بإزاء المنفعة ، أمكن الإيجاب بإزاء ملك الرقبة ، والرقبة لهم .

٤٦٦٠ - قال : دار أو حانوت بين اثنين لا يمكن قسمتها تنازعا فيه ، فقال أحدهما : لا أكري ولا أنتفع به ، وقال الآخر : أنا أريد أن أنتفع ، فإن القاضي يأمر بالمهايأة ، ثم يقول للذي لا يريد الانتفاع [بها في نوبته] [٢] إن شئت فانتفع بها ، وإن شئت فأغلق الباب ؛ لأن في امتناعه من المهايأة إلحاق الضرر لصاحبه . قال : العبد إذا كان مشتركًا بين رجلين إذا غاب أحدهما ، فأنفق الآخر بغير أمر القاضي ، وبغير أمر صاحبه فهو متطوع في النفقة .

٤٦٦١ - وكذلك الزرع إذا كان مشتركًا بين رجلين [٣] ، والنخيل إذا كان مشتركًا بين رجلين غاب أحدهما ، فأنفق الآخر بغير أمر القاضي ، وبغير أمر صاحبه فهو متطوع في النفقة ؛ لأنه أنفق على ملك الغير بغير أمر ذلك الغير ، وبغير أمر من يلي عليه ، وهو غير مضطر في ذلك ، فإنه يمكنه الإنفاق بأمر القاضي حتى يرجع بما أنفق في حصته ، ويحيي مال نفسه ، فكان بمنزلة المودع إذا أنفق على الوديعة ، أو الملتقط إذا أنفق على اللقطة بغير أمر القاضي ، أو كالأجنبي إذا قضى دين غيره بغير أمر من عليه ، وهناك كان متبرعًا كذا هنا .

٤٦٦٢ - وكذلك الدور المشتركة إذا استرمت ، فأنفق أحدهما في مرمتها بغير إذن صاحبه ، وبغير أمر القاضي فهو متطوع ، وهذا بخلاف ما لو أوصى برقبة نخلة [لإنسان ، وثمرته لآخر ، ثم غاب صاحب الثمرة ، فأنفق صاحب الرقبة على النخيل] [٤] بغير أمر القاضي ، لم يكن متبرعًا حتى كان له أن يستوفي ما أنفق من الغلة . وموضع الفرق باب الشرب على المزارعة ، في شرح شيخ الإسلام خواهرزاده .

٤٦٦٣ - فرع على هذه المسألة فقال : إن لم يخرج النخيل من الغلة فيما يستقبل مثل ما

---

(١) أثبت من ب و ظ .

(٢) مكذا من ب ، وفي التاتارخانية : لا يريد الانتفاع في نوبته .

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و ب .

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و ب .

أنفق، لا يكون لصاحب النخيل أن يرجع بما بقي من نفقته على صاحب الغلة، ولكن يبيع الخارج في السنة الأخرى؛ حتى يستوفي تمام النفقة. فرّق بين هذا وبين الزرع المشترك بين رجلين، إذا أنفق أحدهما بأمر القاضي، حتى كان للمنفق ولاية اتباع الخارج دون المزارع؛ إذا استوفى حصة المزارع من الخارج، وبقي من نفقته شيء، لا يكون له أن يبيع الخارج في السنة الأخرى بما بقي من النفقة. وإن كان الإنفاق بأمر صاحبه في مسألة الزرع، أو بأمر صاحب الغلة في مسألة النخيل، كان له أن يرجع على صاحبه، وعلى صاحب الغلة بجميع ما أنفق، ولا يعتبر الخارج، والفرق في هذا الباب أيضاً.

٤٦١٤ - ثم الأصل في النفقة على العين المشتركة، أن كل نفقة يجري الجبر عليها إذا امتنع أحد الشريكين من الإنفاق، وأنفق الآخر بأمر القاضي، أو بأمر الآبي، فالمنفق يرجع بنصف النفقة على الآبي بالغًا ما بلغ، سواء بقي نصيب الآبي سالمًا له، أو هلك: كالعبد الصغير إذا كان بين شريكين، ولم يقدر أحدهما على الإنفاق، فأنفق الآخر بأمر القاضي أو بأمر صاحبه، رجع المنفق على صاحبه بحصته من النفقة بالغًا ما بلغ، سواء بقي الصغير[1] أو هلك.

٤٦١٥ - وكل نفقة لا يجرى الجبر عليها كما في نفقة الدابّة المشتركة، إذا أنفق أحدهما بأمر القاضي لم يكن للمنفق أن يرجع على شريكه فيما زاد على قيمة نصيبه، ولا بعد هلاك الدابة، وكل نفقة يجري الجبر عليها إذا أنفق أحدهما بأمر صاحبه يرجع على صاحبه بجميع حصته بالغًا ما بلغ، بقي ذلك الشيء أو هلك، فعلى هذا الأصل يخرج جنس هذه المسائل من الزرع المشترك، وغير ذلك.

٤٦١٦ - وذكر في "كتاب المزارعة": إذا مات رب الأرض في وسط المدة، وقال المزارع: أنا أقلع الزرع، وأنفق ورثة رب الأرض بأمر القاضي، رجعوا على المزارع بجميع النفقة مقداراً بحصته، ولو انقضت مدة المزارعة، وأنفق رب الأرض بأمر القاضي، فإنه يرجع بنصف القيمة مقداراً بحصته، ولو كانت المزارعة قائمة، وعجز المزارع عن الإنفاق عليه لعسره[2]، فأنفق صاحب الأرض على الزرع بأمر القاضي حتى بلغ الزرع، فإنّ صاحب الأرض يرجع على المزارع بما أنفق، بالغة ما بلغت غير مقدّرة[3] بالحصة. ولهذه المسائل

---

(١) وفي "ب" و"م" و"ف": الصبي.

(٢) وفي "ب" و"ظ": لعسرته.

(٣) وفي "م": على مقدرة.

تفاصيل وتفريعات في المزارعة الكبيرة في باب العذر في المزارعة بعضها في شرح خواهر زاده، وبعضها في شرح شمس الأئمة السرخسي.

ومما يتصل بهذا النوع:

٤٦١٧- حائط بين دارين وهو لصاحب الدارين [انهدم][1]، فقال أحدهما : ابنه، وقال الآخر : لا ابنه، الكلام في جنس هذه المسائل أربعة أنواع : أحدها : إذا أراد أحدهما أن ينقض الحائط المشتركة وأبى الآخر، ذكر الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل البخاري في فتاواه : إذا كان لا يؤمن ضرر سقوطه، كان لكل واحد منهما أن يجبر صاحبه على نقضه، وما لا فلا، هكذا ذكر القاضي الإمام أبو عبد الله الدامغاني في شرح كتاب الحيطان، وهذا لأن الحائط[2] في الطريق إذا مال وخيف الوقوع، ثبت لكل واحد من المسلمين المطالبة بالنقض مع أنه ليس لأحد حق الملك، فلأن يثبت هذا ولكل واحد حق الملك أولى.

٤٦١٨- والثاني : الحائط المشترك إذا انهدم، فأراد أحدهما أن يبني وأبى الآخر، فالمسألة على وجهين : أما إن كان موضع الحائط عريضًا، يمكن لكل واحد منهما أن يبني حائطًا في نصيبه بعد القسمة، وفي هذا الوجه لا يجبر الآبي على البناء. الوجه الثاني : أن لا يكون موضع الحائط عريضًا بحيث لا يمكن لكل واحد منهما أن يبني حائطًا في نصيبه بعد القسمة، وفي هذا الوجه المسألة على أربعة أوجه : إما انهدم، أو خيف الوقوع فهدم أحدهما، وفي هذين الوجهين لا يجبر أحدهما على البناء، وإن كان صحيحًا فهدمه أحدهما يجبر الذي هدم على البناء، وإن انهدمت الدار يجبر الآبي على البناء.

٤٦١٩- الثالث : إذا بنى أحدهما الحائط المشترك بغير أمر صاحبه، هل يرجع على صاحبه؟ فالمسألة على ثلاثة أوجه : إما أن لا يكون عليه حمولة كالخص[3]، وحائط الكرم[4] وغيرهما، وفي هذا الوجه لا يرجع الباني على صاحبه بشيء، هكذا ذكره في كتاب الدعاوى في فتاوى الفقيه أبي الليث، وفي شرح مختصر الطحاوي لأحمد جي، وإليه أشار القاضي الإمام أبو عبد الله الدامغاني في شرح كتاب الحيطان. وإن كان لهما عليه حمولة، فإن كان

(١) أثبت من النسخ التي عندنا جميعًا.

(٢) وفي م : لأن الحائط.

(٣) الخص : بيت من قصب.

(٤) وفي م : حائط الدار.

في موضع الحائط عريضاً على الوجه الذي قلنا لا يرجع ، وإن لم يكن كذلك يرجع ، وإن كان للباني حمولة على هذا الحائط دون الآخر فكذلك الجواب ، كذا ذكر الخصاف في نفقاته .

٤٦٢٠ - والرابع : إذا بنى أحدهما الحائط المشترك ، وكان له حق الرجوع على صاحبه ، بأن لم يكن موضع الحائط عريضاً ، وكان لهما عليه حمولة ، أو كانت الحمولة للباني ، فقد ذكر في جميع الكتب أنه يمنع صاحبه من وضع الحمولة عليه حتى يؤدي حصته ، وليس المراد أنه لا يرجع بل يمنع صاحبه من وضع الحمولة إن أراد الانتفاع ، بل المراد منه أنه يرجع عليه وإن لم يرد صاحبه الانتفاع ، وإذا أراد صاحبه الانتفاع ، لمنعه من الانتفاع أيضاً إلى أن يؤدي حصته ، هكذا ذكر الشيخ الإمام في شرح نفقات الخصاف .

وذكر القاضي الإمام أبو عبد الله الدامغاني في شرح "كتاب الحيطان" : أنه لا يجوز للقاضي أن يجبر شريكه على أداء حصته إذا لم يرد[1] الانتفاع به ، وهكذا ذكر الشيخ الإمام الزاهد المعروف بـ خواهر زاده في شرح "كتاب المزارعة" في باب المزارعة ، في باب البذر في المزارعة ، في مسألة السفل والعلو .

٤٦٢١ - ثم إذا رجع ، بماذا يرجع؟ ذكر القاضي الإمام الإسبيجابي رحمه الله تعالى في شرح مختصر الطحاوي في "كتاب الصلح" في مسألة العلو والسفل ، أن صاحب العلو يرجع على صاحب السفل مبنيا بما أنفق ، وهكذا ذكر خواهر زاده في شرح "كتاب المزارعة" ، وذكر في فتاوى الفضلي في الحائط المشترك أنه يرجع بنصف ما أنفق ، وفي العلو والسفل يرجع على صاحب السفل بما أنفق على السفل . واستحسن بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله تعالى فقالوا : إن بنى بأمر القاضي يرجع بما أنفق ، وإن بنى بغير أمر القاضي يرجع بقيمة البناء ، وذكر القاضي الإمام أبو عبد الله الدامغاني في شرح "كتاب الحيطان" : إن بنى بغير أمر القاضي ، يرجع بقيمة البناء بلا خلاف ، وإن بنى بأمر القاضي يرجع بقيمة البناء في رواية ، وفي رواية يرجع بما أنفق .

ومما يتصل بهذا النوع:

٤٦٢٢ - رجل أخذ عبداً آبقاً ، وطلب صاحبه فلم يقدر عليه ، فجاء إلى القاضي وأخبره بالقصة ، وطلب من القاضي أن يأمره بالإنفاق عليه ، فالقاضي لا يلتفت إلى قوله قبل إقامة

(١) وفي "ب" و "ف" و "م" : إذا لم يجبر الانتفاع به .

البيّنة [وبعد ما أقام البيّنة](١) كان للقاضي الخيار إن شاء قبل ، وإن شاء لم يقبل كما في اللقيط واللقطة . وبعد ما قبل القاضي البيّنة ، إن كان الإنفاق أصلح لصاحبهما أمره بذلك ، وإن كان ترك الإنفاق أصلح ، بأن خاف أن يأكلها النفقة ، أمره ببيعها وإمساك الثمن . وتمام هذه المسائل في اللقيط ، واللقطة ، والإباق . وكذلك الحكم فيه إذا ادّعى أنّ هذا الشيء وديعة وأقام البيّنة ، أو لم يقم فهو على ما قلنا .

تمّ كتاب النفقات من المحيط البرهاني ، ويتلوه كتاب الطلاق .

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وب .

كتاب الطلاق

هذا الكتاب يشتمل على سبعة وعشرين فصلا

الفصل الأول في بيان أنواع الطلاق

٤٦٢٣- فنقول: الطلاق نوعان: سني وبدعي، والسني نوعان: سني من حيث العدد، وسني من حيث الوقت، والسني من حيث العدد نوعان: حسن وأحسن.

٤٦٢٤- أما الأحسن أن يطلقها واحدة في وقت السنة، ويتركها حتى تنقضي العدة؛ لأنه أبعد من الندم، فيكون أحسن ضرورة.

٤٦٢٥- وأما الحسن أن يطلقها ثلاثاً في ثلاثة أطهار؛ لأن الإنسان قد يحتاج إلى حسم باب النكاح حتى يتخلص منه بالكلية، ولكن ربما يحتاج إلى ذلك إذا جرّب نفسه، فوجد نفسه بحال لا يسعه إذا لم يجد إلى النكاح سبيلاً، فقدّر الشرع زمان التجربة بثلاثة أطهار، فصار إيقاع الثلاث في ثلاثة أطهار [محتاجاً إليها](1)، فكان حسناً لها.

٤٦٢٦- وأما السني من حيث الوقت، أن يطلقها طاهرة من غير جماع، أو حاملاً قد استبان حملها؛ وهذا لأن الأصل في الطلاق هو الحظر، و[الإباحة](2) من حيث الوقت أن يطلقها باعتبار الحاجة، ودليل الحاجة الإقدام على الطلاق في زمان كمال الرغبة فيها [وزمان كمال الرغبة](3) التزوج فيها زمان الحبل شفقة على الولد، وزمان الطهر الذي لم يجامعها فيه؛ لأنه لم يحصل مقصوده منها في هذا الطهر، أما زمان الحيض زمان [نفرة](4) عنها طبعاً وشرعاً، والطهر الذي جامعها فيه زمان فتور رغبته فيها؛ لتحصيل مقصوده عنها في هذا الطهر، فكان الطلاق في الطهر الذي لم يجامعها فيه، وفي حالة الحمل يكون واقعاً عن حاجته، فيكون [سنياً](5) في الطهر الذي جامعها فيه، وفي زمان الحيض، واقعاً لا عن حاجة، فيكون بدعياً.

ثم ظاهر ما ذكر محمد رحمه الله تعالى في الأصل في هذه المسألة، يدل على أنه يطلقها متى طهرت من الحيض، وعن قوله: يطلقها إذا طهرت من الحيض قبل أن يجامعها.

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، أثبتناه من ظ و م و ب.

(2) أثبت من ب.

(3) أثبت من النسخ التي عندنا.

(4) هكذا في جميع النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: [illegible].

(5) هكذا في النسخ الموجودة عندنا، وكان في الأصل: سنية.

واختار بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى تأخير الإيقاع إلى آخر الطهر؛ ليكون أبعد عن تطويل مدة العدة، وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة. ثم الطهر الذي لم يجامعها فيه إنما يكون وقتًا للطلاق السني إذا لم يجامعها فيه، ولم يطلقها في الحيضة التي سبقت هذا الطهر، فإن الجماع في حالة الحيض، والطلاق في حالة الحيض [يخرجان الطهر الذي عقيبه من أن يكون محلاً للطلاق السني نص عليه في الزيادات، وهذا إذا لم يراجعها حين طلقها في حالة الحيض](1). فأما إذا [راجعها](2) فقد ذكر في الأصل أنها إذا طهرت، ثم حاضت ثم طهرت، طلقها إن شاء، وهذا إشارة إلى أن بالمراجعة لا يعود الطهر الذي عقيب الحيض محلاً للطلاق السني. وقد ذكر الطحاوي أنه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة، وهذا إشارة إلى أنه يعود محلاً للطلاق السني. قال أبو الحسن: ما ذكره الطحاوي قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وما ذكره في الأصل قولهما. ولو طلقها في حالة الحيض ثم تزوجها، ثم أراد أن يطلقها في الطهر الذي يلي هذه الحيضة، فهذا الطلاق يكون سنيًا بالاتفاق.

وهذا كله إذا كانت امرأة مدخولاً بها، وهي ممن تحيض، فإن كانت ممن لا تحيض لصغر أو كبر، طلقها متى شاء واحدة، وإن كان عقيب الجماع، وكذلك الحامل. وقال زفر رحمه الله تعالى: يفصل بين الطلاق والجماع في حق الآيسة والصغيرة بشهر، والصحيح مذهب علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى؛ لأن الطلاق في حق ذوات الأقراء في الطهر الذي جامعها فيه إنما كان حرامًا؛ لأنه ربما يكون سببًا للندم بأن يظهر بها حبل، فيندم على طلاقها، وإنما يباح الإيقاع بشرط أن يأمن الندم، وهذا المعنى لا يتأتى في حق الآيسة والصغيرة. قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى: وكان شيخنا يقول: هذا إذا كانت صغيرة لا يرجى منها الحيض والحبل، فأما إذا كانت صغيرة يرجى منها الحيض والحبل، فالأفضل أن يفصل بين جماعها وطلاقها بشهر.

وأما البدعي فهو نوعان: بدعي لمعنى يعود إلى العدد، وبدعي لمعنى يعود إلى الوقت. فالذي يعود إلى العدد أن يطلقها ثلاثًا في طهر واحد بكلمة واحدة أو بكلمات متفرقة أو يجمع بين الطلقتين في طهر واحد بكلمة واحدة أو بكلمتين متفرقتين. وأما الذي يعود إلى الوقت، أن يطلق المدخول بها وهي من ذوات الأقراء في حالة الحيض، أو في طهر جامعها فيه، ولو طلق غير المدخول بها، وهي من ذوات الأقراء في حالة الحيض، لم يكن مكروهًا؛ لأنه إيقاع

.....

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وب.

(٢) أثبت من النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: جامعها.

حاجة، لأن جميع الأزمنة في حق غير المدخول بها زمان كمال الرغبة فيها؛ لأنه لم ينقص وطره منها، والمرأة تواقة إلى ما لم تنل، وبه فارق المدخول بها. ولو طلق غير المدخول بها ثلاثاً بكلمة واحدة، يكون بدعياً.

وفي حق العدد سوّى بين المدخول بها وغير المدخول بها، وفي حق الوقت فرّق بينهما؛ فجعل الطلاق في حالة الحيض مكروهاً في حق المدخول بها، ولم يجعله مكروهاً في حق غير المدخول بها؛ لأن الجمع إنما كره لأنه سبب لحسم باب التدارك، وإنه لا يختلف. وأما الإيقاع في حق المدخول بها في زمان الحيض إنما كره؛ لأنه زمان النفرة عنها، فيكون إيقاعاً لا عن حاجة، وجميع الأزمنة في حق غير المدخول بها زمان كمال الرغبة فيها، فكان الإيقاع عن حاجة فافترقا. والمرأة التي خلا بها زوجها في حق مراعاة وقت الطلاق بمنزلة المدخول بها؛ لأن الخلوة أقيمت مقام الدخول في حق بعض الأحكام، فكذا في حق هذا الحكم احتياطاً.

والطلاق البائن ليس بسني في ظاهر الرواية، وفي «زيادات الزيادات» أنه سني، والخلع سني كان في حالة الحيض [أو في غير حالة الحيض](1)، وفي «المنتقى» ذكر مسألة الخلع بهذه الصورة، ولا بأس بأن يخلعها في الحيض إذا رأى منها ما يكره، وفيه أيضاً: ولا بأس بأن يخير المرأة في حالة الحيض، ولا بأس لها أن تختار نفسها في الحيض. وفيه أيضاً: إذا أدركت واختارت نفسها، فلا بأس للقاضي أن يفرق بينهما في حالة الحيض.

وإذا قال لامرأته المدخول بها، وهي من ذوات الأقراء: أنت طالق للسنة، وقعت تطليقة للحال إن كانت طاهرة من غير جماع، وإن كانت حائضاً أو كانت في طهر جامعها فيه، لم يقع للحال شيء حتى يأتي وقت السنة.

ولو قال لها: أنت طالق ثلاثاً للسنة، فهو على وجوه: إن نوى أن يقع عند كل طهر تطليقة، فهو على ما نوى، وكذلك إن لم ينو شيئاً، فهي طالق عند كل طهر تطليقة، وإن نوى أن تقع الثلاث جملة في الحال صحت نيته؛ لأن وقوع الثلاث جملة عرف بسنة رسول الله ﷺ، ولو نوى أن يقع [الثلاث](2) عند رأس كل شهر تطليقة، فهو على ما نوى؛ لأن ذلك يحتمل أن يكون للسنة كاملة، بأن يكون رأس الشهر زمان الطهر، فيكون سنة وقوعاً وإيقاعاً، ويحتمل أن يكون رأس الشهر زمان الحيض، فيكون وقوعاً لا إيقاعاً. ولو نوى ما هو بدعة حقيقة، وهو الثلاث جملة في الحال صحت نيته، فإذا نوى ما تردد حاله بين السنة والبدعة

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ و م و ب.

(2) أثبت من م.

أولى.

ولو كانت آيسة أو صغيرة مدخولة، فقال لها: أنت طالق ثلاثًا للسنة وقعت في الحال واحدة، وطئها بعدما قال أو لم يطأها، وتقع بعد شهر أخرى وبعد شهر أخرى؛ لأن الشهر في حق الآيسة والصغيرة أقيم مقام الحيض في ذوات الأقراء، فكما أن في حق ذوات الأقراء تقع أخرى إذا طهرت من الحيض، فكذا في حق الآيسة والصغيرة إذا مضى شهر.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد رحمه الله تعالى: إذا قال لامرأته: أنت طالق كل شهر للسنة، فإن كانت قد أيست من الحيض تعتد بالشهور، فهي طالق ثلاثًا عند كل شهر واحدة، وإن كانت تعتد بالحيض فهي طالق واحدة، إلا أن ينوي ثلاثًا عند كل شهر واحدة(١)، فيكون ثلاثًا بمنزلة قوله كل يوم.

وفي «الأصل»: إذا طلق امرأته في طهر لم يجامعها فيه واحدة، ثم راجعها في ذلك الطهر بالقول، فله أن يطلقها ثانيًا في ذلك الطهر، ويكون سنيًا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يكون سنيًا، وعن محمد رحمه الله تعالى روايتان. وعلى هذا الاختلاف إذا راجعها بالقبلة والملامسة. وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول: الشرط الفصل بين طلاقي السنة بالحيضة الكاملة، ولم يوجد ذلك هنا، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: الفصل بالحيضة إنما يعتبر إذا كانت الثانية تقع في العدة، وبالمراجعة ارتفعت العدة، فكانت الثانية بمنزلة ابتداء الإيقاع، وقد حصل في طهر لا جماع فيه، فيكون سنيًا. ثم الفقه لأبي حنيفة رحمه الله تعالى في المسألة: أن إيقاع الثانية حصل عن حاجة، فيكون سنيًا كما لو كان بعد الرجعة نكاح. بيانه: أن الحاجة إلى إيقاع الثانية عليها حاجة الخلاص عنها عند عجزه عن الإمساك بالمعروف، وقد تجددت هذه الحاجة بالمراجعة، فإنه عاد حقها في القسم، فيجب عليه الإمساك بالمعروف.

وذكر في «المنتقى» مسألة النكاح على الخلاف أيضًا، وصورة ما ذكر ثمة إذا قال لامرأته، ولم يدخل بها: أنت طالق ثلاثًا للسنة، وقعت(٢) واحدة ساعة ما تكلم، فإن تزوجها وقعت أخرى ساعة تزوجها في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لا تقع حتى يمضي شهر كامل من الطلاق الأول، وكذلك لو كانت حاملًا فقال لها:

---

(١) وفي م: عند كل شهر واحدة، وإن كانت تحيض، فهي طالق واحدة إلا أن ينوي ثلاثًا، فيكون ثلاثًا بمنزلة قوله... إلخ، وهذا تكرار.

(٢) وفي م: حتى وقعت.

عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وقال أبو يوسف: لا يطلقها حتى يمضي شهر

وفي نوادر ابن سماعة: عن أبي يوسف رحمه الله تعالى رجل قال لامرأته وقد أيست من الحيض: أنت طالق ثلاثاً للسنة، وقعت واحدة حين تكلم به، ثم إذا حاضت بعد ذلك وطهرت، بطلت تلك التطليقة الأولى، ولزمتها تطليقة عند كل طهر من الحيض، يريد به إذا كان جامعها بعد الإياس قبل هذه المقالة. قال: وليست هذه كالصغيرة إذا حاضت، قال في حق الصغيرة لا يبطل التطليقة الأولى، قال: فإن أيست بعد هذه الحيضة من الحيض، واستبان إياسها، وقعت التطليقتان الباقيتان بالشهور. وإذا قال لامرأته: أنت طالق غداً للسنة، وهي ممن لا يقع عليها طلاق السنة في الغد، لا يقع عليها الطلاق إلا في وقت السنة. قال ابن سماعة في نوادره: ألا ترى أنه إذا قال لها: أنت طالق غداً إذا دخلت الدار، أنت طالق غداً بدخولك الدار، لا تطلق ما لم تدخل الدار، كذا هنا.

ذكر المعلى في نوادره: رجل طلق امرأته للسنة وهي طاهرة من غير جماع من الزوج، إلا أن رجلاً آخر كان وطئها في طهرها هذا، قال: إن كان وطئها في طهرها بالزنا، فالطلاق واقع في طهرها هذا، وإن كان وطئها بشبهة، فالطلاق لا يقع[1] عليها في هذا الطهر، وعليها العدة من الذي وطئها، ومن المشايخ رحمهم الله تعالى من قال على العكس، ومن المشايخ من قال بالوقوع في الوجهين جميعاً.

وفي المنتقى: إذا ظاهر من امرأته، ثم طلقها طلاق السنة في وقته، قبل أن يكفر عن الظهار وقع، ولم تمنع حرمة الظهار عن وقوع الطلاق السني، وكذلك لو تزوج بأخت امرأته ودخل بها، وفرق بينهما وطلق امرأته للسنة في عدة الأخت، وكذلك لو طلق امرأته للسنة وهي حبلى من الفجور.

امرأة [illegible] زوجها، ثم تزوجت بزوج آخر، ودخل بها هذا الزوج، ثم [illegible] زوجها الأول، وفرق بينها وبين الزوج الثاني، حتى وجبت العدة من الثاني [فطلقها الأول للسنة في عدتها من الثاني][2] لم يقع في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، ويقع في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى. ولو كان الأول طلقها ثلاثاً للسنة قبل أن تتزوج بالثاني، فحاضت وطهرت، فلزمتها تطليقة، ثم تزوجت بالثاني ودخل بها الثاني، وفرق بينهما، لم يقع عليها

---

(1) وفي «ب» و«ف»: قال: إن كان وطئها بزنا، فالطلاق غير واقع عليها في طهرها هذا، وإن كان وطئها بشبهة، فالطلاق واقع عليها في هذا الطهر... إلخ.

(2) أثبت من «ب» و«ف».

ما بقي من طلاق السنة ما دامت تعتدّ من الثاني في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وفي قول أبي حنيفة يلزمها الطلاق.

نوع آخر مما يتصل بهذا الفصل:

ذكر في "المنتقى": إذا قال لها: أنتِ طالق للسنّة، فقالت: أنا طاهرة، وقال الزوج: وقعتُ عليك في الحيض وبعده، فالقول قول المرأة، ولو قالت: أنا حامل، وقال هو: لست بحامل، لم تصدّق المرأة على ادّعاء الحمل. وفي "نوادر هشام" عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا قال لامرأته وقد دخل بها: أنتِ طالق واحدة للسنّة، فقالت المرأة: قد كنتُ حضتُ وطهرتُ قبل هذا، قبل أن تتكلّم بهذا الكلام، وتكلّمت به وأنا طاهرة ولم تقربني، فقال الزوج: قد كنتُ قربتكِ [بعد الطهر][1] قبل هذا الكلام، فالقول قول الزوج. ولو قال الزوج: قد كنت قربتكِ في الحيض، وكذّبته المرأة، فالقول قول المرأة. وكذلك لو قالت: لم تكن دخلت بي قط، فالقول قولها.

نوع آخر يتصل بهذا الفصل أيضاً:

قال في "القدوري": رجل قال لامرأته وهي أمة: أنتِ طالق للسنّة، وهي الساعة ممن لا يقع عليها طلاق السنّة، ثم اشتراها، ثم جاء وقت السنّة لم يقع عليها شيء بالاتفاق؛ لأن الطلاق إنما يقع إذا بقي النكاح أو العدّة، وبعد ما اشتراها لا نكاح ولا عدّة، أما النكاح فظاهر نظراً بأن ملك اليمين يُنافي النكاح، وأما لا عدّة فلأنها تحل له بملك اليمين، وإنه ينافي [وجوب][2] العدّة، وإن أعتقها، ثم جاء وقت السنّة، يقع الطلاق؛ لأن حكم العدّة قد ظهر بعد العتاق، فكانت محلاً للطلاق.

ولو كان الزوج عبداً والمرأة حرّة، فقال لها: أنت طالق للسنّة، ثم اشتراه يقع الطلاق إذا جاء وقت سنّتها. رجل قال لامرأته وهي أمة: أنت طالق[3] ثلاثاً للسنّة، وهي طاهرة لطهر جامعها فيه، ثم اشتراها، ثم أعتقها، فكأنها تعتدّ بحيضتين، فإذا طهرت من الحيضة الأولى وقع بها تطليقة، وتبين بالأخرى أي بالحيضة الأخرى، ولا يقع طلاق آخر. ولو كانت حائضاً

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف

(٢) أثبت من ب و ف و م

(٣) أثبت من ب و ف و م و ظ.

حين ما قال لها هذه المقالة، ثم اشتراها وأعتقها في تلك الحيضة، ثم طهرت من تلك الحيضة، لا يقع عليها طلاق من قبل أنه قد وقعت الفرقة بينهم بفساد النكاح، ولا يقع طلاق السنة بعد فرقة كانت بين الزوجين[1]، إلا بعد شهر أو بعد حيضة. وكذلك المعتقة إذا اختارت نفسها في حالة [الحيض][2]، وقد كان الزوج قال لها: أنت طالق للسنة، لم يقع عليها الطلاق إذا طهرت من هذه الحيضة.

إذا قال لامرأته الأمة: أنت طالق ثلاثًا للسنة، وهي في الحال ممن لا يقع عليها طلاق السنة، فاشتراها، ثم أعتقها في هذه المدة، وتزوجها في [مدة][3] العدة، يقع الطلاق عليها إذا كانت طاهرة من غير جماع، ولو تزوجها بعد انقضاء العدة وهي حائض، وقع الطلاق عليها كأنه قال لها: إذا تزوجتك فأنت طالق للسنة، فتزوجها وهي حائض.

نوع آخر يتصل بهذا الفصل أيضًا:

إذا قال لها: أنت طالق للبدعة، ونوى ثلاثًا فهي ثلاث؛ لأن إيقاع الثلاث جملة بدعة، فقد نوى ما يحتمله لفظه، فصحت نيته. هكذا روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى، وروى إبراهيم عنه: أنها واحدة يملك الرجعة. إذا قال لها: أنت طالق للشهور وهي لا تحيض، فهي طالق عند كل شهر تطليقة، هكذا ذكره القدوري في شرحه، وزاد في "المنتقى": ولو نوى ثلاثًا، فهي طالق ثلاثًا عند رأس كل شهر واحدة، ولو قال لها: أنت طالق للحيض، وهي ممن لا تحيض لا يقع شيء، ولم يفصل بين الآئسة والصغيرة.

قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى: وهذا الجواب ظاهر في حق الآئسة؛ لأن الحيض في حقها ليس بموجود، ولا يوجد غالبًا، مشكل في حق الصغيرة؛ لأن الحيض في حقها يحتمل الوجود، فيوجد غالبًا، والإضافة إلى معدوم يحتمل الوجود صحيح، كما إذا قال لها: أنت طالق بعد غد. وهذا القائل يقول: بأن جواب الكتاب محمول على الآئسة، وفي حق الصغيرة يتوقف وقوع الطلاق على وجود الحيض.

وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: هذا الجواب مشكل في حق الآئسة والصغيرة جميعًا؛ لأن الحيض التي يضاف إليها الطلاق حيض العدة، فكأنه قال لها: أنت طالق

---

(١) وفي [illegible]: بين الزوج وامرأته.

(٢) هكذا في النسخ كلها التي عندنا عليها، وكان في الأصل: الحيض.

(٣) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: هذه المدة.

للعدة[1]، هذا إذا قال لها: أنت طالق للحيض، وهي ممن لا تحيض، فإن كانت طاهرة من غير جماع، وقت هذه المسألة، طلقت الساعة، كأنه قال لها: أنت طالق للعدة، هكذا روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى. وإن قال لها ذلك وهي حائض، ولم ينو شيئاً فهي واحدة رجعية، تقع عند طهرها من الحيضة، وإن نوى ثلاثاً فهي طالق من طهرها من كل حيضة حتى تطلق ثلاثاً، ذكر المسألة على هذا التفصيل ابن سماعة.

وفي «القدوري» ذكر المسألة من غير تفصيل فقال: إذا قال لها: أنت طالق للحيض وهي ممن تحيض، وقع عند كل حيضة تطليقة. وفي «المنتقى»: إذا قال لها: أنت طالق بكتاب الله، ينوي الطلاق بالسنة، فهو على ما نوى، وإن لم ينو شيئاً، فهي طالق ساعة ما تكلم به، ولو قال لها: أنت طالق على ما في كتاب الله، أو على قول القضاة، أو على قول الفقهاء، أو قال: بسنة رسول الله، فهي طالق ساعة ما تكلم، إلا أن يقول: عنيت بالسنة، فيكون على ما عنى[2].

نوع آخر يتصل بهذا الفصل أيضاً:

٤٦٢٧ - ذكر ابن سماعة في «نوادره» عن محمد رحمه الله تعالى: إذ قال لامرأته: أنت طالق ثلاثاً للسنة مع كل واحدة للبدعة، فهي طالق ثلاثاً الساعة للبدعة. وذكر المعلى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى إذا قال لامرأته: أنت طالق تطليقتين أولاهما للسنة، فإن كانت طاهرة من غير جماع وقعت عليها التي هي للسنة أولاً، ثم يتبعها الأخرى، وإن كانت حائضاً تأخرت الطلقتان جميعاً حتى تطهر، ثم يقعان، التي للسنة قبل الأخرى.

٤٦٢٨ - ولو قال لها: أنت طالق ثنتين إحداهما للسنة، والأخرى للبدعة، أو قال: أنت طالق واحدة للسنة، والأخرى للبدعة، فإن كان الوقت وقت السنة يقعان جميعاً، يقع السنة أولاً ويتبعها البدعي، وإن لم يكن الوقت وقت السنة يقع البدعة، ويتأخر السنة، وإن بدأ بالبدعة والوقت ليس وقت السنة، يقع البدعة ويتأخر السنة.

نوع آخر من هذا الفصل أيضاً:

٤٦٢٩ - عن أبي يوسف رحمه الله تعالى، في رجل قال لامرأته وقد دخل بها: أنت

(١) وفي «ب»: للحيض.

(٢) وفي «ب»: نوى.

طالق ثلاثاً للسنة بألف درهم ، وقبلت المرأة ذلك ، فقال : ينبغي أن يقع الثلاث جميعاً ، لزمها ثلاث تطليقات بقبولها ، ولا يكون له إلا ثلث الألف ، إلا أن تقبله المرأة في هذه البينة . ولو قال لها : أنت طالق ثلاثاً للسنة بألف درهم إن شئت ، أو قدم المشيئة على الطلاق ، فإن كانت هذه المقالة في حالة الحيض ، فالمشيئة في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يكون حتى تطهر من الحيض ، وإن كانت هذه المقالة في طهر جامعها فيه ، فحتى تحيض حيضة أخرى فتطهر والله سبحانه وتعالى أعلم .

الفصل الثاني في بيان شرط صحة إضافة الطلاق وبيان حكمه

٤٦٣٠ - فنقول: شرط صحة إضافة الطلاق قيام القيد في المرأة نكاحًا كان أو عدة، وقيام حل جواز العقد. ولا يكفي أحدهما لصحة الطلاق، أما قيام القيد[1] وحده، فلأنه إذا حرمت بالمصاهرة بعد الدخول بها حتى وجبت العدة، فطلقها في العدة لا يصح طلاقه، وإن كان القيد قائمًا لما لم يكن حل جواز العقد [قائمًا]. وأما قيام حل جواز العقد[2] وحده، فإنه بعد ما طلقها واحدة أو ثنتين، وانقضت عدتها [وطلقها، لا يصح طلاقه][3] وإن كان حل جواز العقد قائمًا، لما لم يكن العقد قائمًا. وقيام ملك النكاح ليس بشرط لوقوع الطلاق [وصحته]، حتى إن المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة، وإن لم يكن ملك النكاح قائمًا، وحكم الطلاق زوال ملك النكاح، وزوال حل العقد[4] متى تم ثلاثًا، والطلاق يصح مفيدًا أحد حكميه، فإذا طلق امرأة واحدة وتركها حتى انقضت عدتها، فهذا الطلاق صحيح وإن كان لا يفيد إلا زوال ملك النكاح، وكذا إذا طلق المختلعة والمبانة بتطليقتين في حالة العدة يصح، وهذا الطلاق لا يفيد إلا زوال حل العقد؛ لأن ملك النكاح زال بالخلع والطلاق البائن.

والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) وفي م، ر، ف: الملك.

(٢) أثبت من ص، ر، ب، ط.

(٣) هكذا في النسخ الثلاثة التي اعتمدنا عليها، ولعل في الأصل: أو طلقها.

(٤) ثابت من كل النسخ التي عندنا.

الفصل الثالث في بيان من يقع طلاقه ومن لا يقع

٤٦٣١ - طلاق الصبي غير واقع، وكذا طلاق المجنون والمعتوه، وقيل في الحد الفاصل بين المجنون والمعتوه والعاقل: إن العاقل من يستقيم كلامه وأفعاله، وغيره نادر، والمجنون ضده، والمعتوه من يختلط كلامه وأفعاله، فيكون هذا غالبًا وذلك غالبًا، وكلاهما سواء.

وقيل أيضًا: المجنون من يفعل هذه الأفعال لا عن قصد، والعاقل يفعل ما يفعله المجانين في الأحايين[1]، لكن [لا][2] عن قصد، يعني غافلًا عن ظن الصلاح، والمعتوه من يفعل ما يفعله المجانين في الأحايين، لكن لا عن قصد، يعني بقصد فعله مع ظهور [وجه][3] الفساد.

٤٦٣٢ - وكذلك طلاق النائم غير واقع، وإذا طلق النائم امرأته في حالة النوم، ثم قال بعدما انتبه: أجزت ذلك الطلاق، لا يقع شيء، ولو قال: أوقعت ذلك، تقع تطليقة، ولو قال: أوقعت ما تلفظت به في حالة النوم، لا يقع شيء.

٤٦٣٣ - ذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله تعالى في آخر باب الطلاق: وعلى هذا الصبي إذا طلق امرأته، ثم قال بعدما بلغ: أجزت ذلك الطلاق، لا يقع، ولو قال: أوقعت ذلك، يقع، وكذلك لو أن رجلاً طلق امرأة الصبي، فقال الصبي بعد بلوغه: أوقعت الطلاق الذي أوقعه فلان، يقع، ولو قال: [أجزت][4] ذلك، لا يقع شيء، ذكره محمد رحمه الله تعالى في شرح المأذون الكبير.

٤٦٣٤ - قال القدوري في كتابه: وطلاق السكران واقع إذا سكر من الخمر أو النبيذ، وهو مذهب أصحابنا رحمهم الله تعالى، وكان أبو الحسن الكرخي يختار أنه لا يقع، وهو قول الطحاوي، وأحد قولي الشافعي رحمه الله تعالى، ولو أكره على الشرب، أو شرب الخمر عند الضرورة فذهب عقله، فطلق امرأته فطلاقه واقع، رواه هشام عن محمد رحمه الله تعالى، وعلل فقال: لأن عقله إنما ذهب بلذة ... ولو ذهب عقله من دواء [illegible] وطلق امرأته

(١) ساقط من الأصل والخانية.

(٢) أثبت من ف، و ط، و م.

(٣) هكذا في النسخ الثلاث، وفي الأصل: [illegible]

(٤) هكذا في ف، و م.

لا تطلق، وكذا لو شرب البنج وذهب عقله، وطلق[1] امرأته.

٤٦٣٥ - ذكر عبد العزيز الترمذي قال: سألت أبا حنيفة وسفيان الثوري رحمهما الله تعالى عن رجل شرب البنج، فارتفع إلى رأسه، وطلق امرأته؟ قال: إن كان [تكلم][2] حين شرب، يعلم أنه ما هو، فهي طالق، وإن كان حين شرب لم يعلم أنه ما هو، لا تطلق. ولو شرب النبيذ، فلم يذهب عقله منه، ولكن لم يوافقه فصدع منه، فزال عقله بالصداع دون الشرب، لم يقع طلاقه. ولو شرب من الأشربة التي تتخذ من الحبوب، أو من العسل، أو من [السكر][3]، فسكر وطلق امرأته، لا يقع طلاقه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى خلافاً لمحمد.

٤٦٣٦ - وطلاق الهازل واللاعب[4] واقع، وكذلك الرجل يريد أن يتكلم بكلام، فسبق لسانه بالطلاق فالطلاق واقع. وفي "المنتقى": قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: لا يجوز الغلط في الطلاق ويجوز في العتاق، حتى إن الرجل لو أراد أن يقول لامرأته: اسقيني، فسبقه اللسان فقال: أنت طالق، قال: هي طالق، ولو كان ذلك في العتاق، يدين فيما بينه وبين الله تعالى [يعني لا يقع العتق][5].

وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى في الإملاء: هما سواء، ولا يجوز الغلط في واحد منهما. وسوى أبو يوسف في الإملاء بينهما، على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال: على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: لا يدين فيما بينه وبين الله تعالى فيهما، ويقع الطلاق والعتاق ديانة وقضاء، وعن أبي يوسف رواية أخرى: أنه لا يقع الطلاق فيما بينه وبين الله تعالى[6].

(١) هكذا في الأصل و"ب" و"ظ"، وكذا في "م": لا تطلق، لعله فطلق.

(٢) هكذا في الأصل و"ظ"، ولكن ليس بظاهر في.

(٣) هكذا في "م"، وكان في النسخ التي عندنا: الشهد.

(٤) وفي "ب" و"م": وطلاق اللاعب والهازل به واقع.

(٥) هكذا في "م".

(٦) هكذا في "م".

الفصل الرابع فيما يرجع إلى صريح الطلاق

٤٦٣٧- إذا قال لامرأته: يا مطلقة! وقع الطلاق عليها، ولو قال: أردت به الشتم، دين فيما بينه وبين الله تعالى، ولم يدين في القضاء؛ لأنه وصفها بالطلاق، فإذا قال: أردت به الشتم، فقد نوى شيئاً ليس يوصف لها، فيكون مدعياً خلاف الظاهر، فلا يصدق في القضاء، ولو قال: أردت أن أشبهها بذلك، ولا أريد به الطلاق، فإذا قال: أردت به الشتم، صدق فيما بينه وبين الله تعالى، ولا يصدق في القضاء. ولو قال: أردت طلاق زوج كان لها قبل ذلك: إن لم يكن لها زوج قبل ذلك، لا يلتفت إلى قوله، وكذا إذا كان لها زوج قبل ذلك، وقد مات عنها زوجها لا يلتفت إلى قوله، وإن كان له طلقها صدق ديانة باتفاق الروايات، ويدين في القضاء في رواية أبي سليمان؛ لأنه وصفها بطلاق واقع، والطلاق لا يختص بإيقاع زوج دون زوج، فيصدق في ذلك، ولو قال لها: أنت مطلقة بالتخفيف، فذلك على النية.

٤٦٣٨- وفي "الواقعات": إذا طلق امرأته، ثم قال لها: قد طلقتك، أو قال بالفارسية: طلاق دادم ترا، دادم ترا طلاق، يقع تطليقة ثانية، ولو قال: قد كنت طلقتك، أو قال بالفارسية: طلاق دادم ترا، لا يقع شيء بالكلام الثاني. وفي "الأصل" في باب الطلاق: إذا قال لامرأته: قد طلقتك، أو قال: أنت طالق قد طلقتك أمس، وهو كاذب كانت طالقاً في القضاء، ولو قال لها: أنت طالق طالق، أو قال: طلقتك طلقتك، أو قال: أنت طالق قد طلقتك، ثم قال: عنيت الأول دين فيما بينه وبين الله تعالى، ولم يدين في القضاء.

٤٦٣٩- ومن هذا الجنس ما ذكر في "النوازل": رجل قال لامرأته: يك طلاق دست بازداشتم، أو قال: دست باز داشتم يك طلاق، فقالت امرأته: باز گوى تا مردمان بشنوند، باز گفت كه بار ديگر چنين گفت: دست باز داشته ام، يا گويد دست باز داشتم، تكون واحدة وإن قال: دست باز داشتمت بيك طلاق، يقع أخرى إلا إذا قال: عنيت بالثاني الإخبار، فيصدق ديانة.

٤٦٤٠- ولو قال لها: أنت طالق، فقال له رجل: ما قلت؟ فقال: طلقتها، أو قال: قلت هي طالق، فهي طالق واحدة في القضاء؛ لأن قوله في المرة الثانية خرج جواباً، فيكون إخباراً عن الإيقاع الأول، ليتحقق جواباً بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأن قوله في المرة الثانية خرج على سبيل الابتداء، فكان إيقاعاً، هكذا الجملة في شرح القدوري.

٤٦٤١- ولو قال لها: أنت طالق[1]، ثم قال لها: يا مطلقة! لا يقع أخرى؛ لأنه صادق في مقالته. ولو قال لها: أنت طالق، ونوى طلاقاً من وثاق، لم يدين في القضاء، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى. ولو صرّح وقال: أنت طالق من وثاق، لا يقع في القضاء شيء. ولو قال: أنت طالق من عمل أو قيد أو ظلم، ذكر هذه المسألة في "المنتقى" في الموضعين[2]، وأجاب في أحد الموضعين أن لا يقع الطلاق في القضاء، وأجاب في الموضع الآخر أنه يقع الطلاق في القضاء.

٤٦٤٢- وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله إذا قال لامرأته: أنت طالق من هذا [القيد، أو من هذا][3] الغل، طلقت ثلاثاً ولم يدين في القضاء. ولو قال لها أنت طالق وأراد به أنها طالق من العمل، لم يدين فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه نوى [ما لا يحتمله لفظه][4]؛ لأن الطلاق لإزالة القيد، وهي غير مقيدة بالعمل. وروى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يدين؛ لأن الطلاق يذكر ويراد به التخليص عن العمل، فكان ناوياً ما يحتمله لفظه.

٤٦٤٣- ولو قال: أنت طالق من هذا العمل، وقع الطلاق في القضاء، ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأن المرأة إذا لم تكن مقيّدة بالعمل، كان قوله: من هذا العمل بياناً صورة لا حقيقة، فلا يصدق قضاء باعتبار الحقيقة، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى؛ لوجود البيان صورة.

٤٦٤٤- ولو قال لها: أنت طالق، وقال: لم أعن الطلاق عن وثاق النكاح، فإنه يقع الطلاق فيما بينه وبين الله تعالى، كما يقع في القضاء. والوجه في ذلك: أنّ الطلاق في حقيقة اللغة وإن كان للإطلاق عن وثاق، إلا أنه صار للإطلاق عن وثاق النكاح حقيقة، وللإطلاق عن قيد الحقيقي مجازاً؛ لأنه ثبت هذا الاسم [للإطلاق][5] عن وثاق النكاح عرفاً وشرعاً، والاسم متى ثبت لغير ما وضع له عرفاً وشرعاً، فالاسم يصير لذلك حقيقة، ولما وضع له مجازاً، والحقيقة من الكلام لا يندفع حكمه إلا بإرادة المجاز، أما بمجرّد ترك نية الحقيقة من غير

(١) وفي م: ولو قال لها: أنت طالق ونوى، ثم قال لها... إلخ.

(٢) هكذا في م، وكان في ظ: في موضعين أن لا، وأجاب في أحد الموضعين إلخ، وكان في الأصل: في موضعين؛ لأنه وأجاب... إلخ.

(٣) أثبت من النسخ التي يوجد عندنا.

(٤) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: ما لا يحتاج نفقة.

(٥) هكذا في ب و م، وكان في الأصل: إلى طلاق.

نية المجاز [لا يندفع حكم الحقيقة؛ لأن النية ليست بشرط لثبوت ما هو حقيقة اللفظ، فلا يمنع ثبوت حكم][١] الحقيقة ترك النية.

٤٦٤٥ - والحاصل أن الكلام أنواع أربعة: حقيقة باعتبار الوضع، وحكمه لا يندفع ما لم ينو المجاز. ومجاز صار كالحقيقة وهو ما ثبت عرفًا وشرعًا، وحكمه لا يندفع أيضًا ما لم ينو المجاز؛ لأنه أُلحق بالحقيقة، ومجاز متعارف، ومطلق اللفظ ينصرف إليه. ولكن إذا نوى أن لا يثبت ذلك لا يثبت، وإن لم ينو غيره. ومجاز غير متعارف، وإنه لا يثبت بمطلق الكلام إلا بالنية.

٤٦٤٦ - رجل قال لامرأته: ترا سه طلاق، يقع الثلاث؛ لأن هذا بمنزلة قوله: أعطيتك ثلاث تطليقات، ألا ترى أنه لو قال لغيره: لك هذا الثوب، كان هبة وكان بمنزلة قوله: أعطيتك هذا الثوب، هكذا ذكر الصدر الشهيد في باب الثوب. وفي هذا الباب أيضًا: إذا تشاجر الرجل مع امرأته، فقال لها بالفارسية: هزار طلاق ترا، ولم يرد على هذا يقع الثلاث؛ لأن هذا بالفارسية قوله: ألف تطليقة لك، ولو قال: ألف تطليقة لك، يقع الثلاث؛ لأنه لو قال: لك ألف تطليقة، يقع الثلاث، فكذا إذا قدّم المؤخر. هكذا ذكر في تعليل المسألتين مع جوابهما.

٤٦٤٧ - وفي فتاوى أهل سمرقند: من ترا طلاق دادم، فإن نوى الإيقاع يقع، وإن نوى التفويض لا يقع؛ لأنه يحتمل التفويض، وإن لم تكن له نية يقع؛ لأنه إيقاع ظاهرًا، فينصرف إليه ما لم ينو شيئًا آخر.

٤٦٤٨ - وفي فتاوى الفضلي: ترا طلاق إيقاع، طلاق ترا تفويض، إن طلّقت نفسها في المجلس يقع. وفي المنتقى: رجل قال لامرأته: لك الطلاق، قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: إن نوى الطلاق فهي طالق، وإن لم يكن له نيّة فلا شيء عليه. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إن نوى الطلاق فطلاق، وإلا فالأمر بيدها. ولو قال: عليك الطلاق فهي طالق إذا نوى. وفيه أيضًا: عن أبي يوسف إذا قال لامرأته: لك الطلاق، إنها طالق في القضاء، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى، وإن عنى غير ذلك.

٤٦٤٩ - ولو قال لها: طلاقي عليك واجب وقع، وكذا إذا قال لها: الطلاق عليك واجب، رواه البقالي في فتواه. ولو قال لها: طلاقك عليّ لا يقع، ولو قال: طلاقك عليّ واجب، أو لازم، أو فرض، أو ثابت، ذكر الفقيه أبو الليث في فتاواه خلافًا بين المتأخرين،

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

منهم من قال: يقع في حقه [ي] نية نوى أو لم ينو، ومنهم من قال: [لا يقع نوى أو لم ينو، ومنهم من قال:][1] في قوله: واجب يقع بدون النية، وفي قوله: لازم لا يقع وإن نوى، والفارق العرف.

٤٦٥٠ - وعلى هذا الخلاف إذا قال لها: إن فعلت كذا، فطلاقك عليّ واجب، أو قال: لازم، أو قال: ثابت، ففعلت، ذكر القدوري في شرحه أن على قول أبي حنيفة: لا يقع الطلاق في الكل، وعند أبي يوسف إن نوى الطلاق يقع في الكل، وعن محمد: أنه يقع في قوله: لازم، ولا يقع في قوله: واجب. واختار الصدر الشهيد على الوقوع في الكل؛ لأن نفس الطلاق لا يكون لازمًا ولا واجبًا، وإنما يكون حكمه واجبًا، وحكم الطلاق لا يجب إلا بعد الوقوع. وكان الشيخ الإمام ظهير الدين الحسن بن علي المرغيناني يفتي بعدم الوقوع في الكل. عن ابن سلام رحمه الله فيمن قال: إن فعلت كذا فثلاث تطليقات عليّ، أو قال: عليّ واجب، أنه يعتبر عادة أهل البلدة، هل غلبة ذلك في أيمانهم؟

٤٦٥١ - ولو قال لامرأته: طلقك الله، تطلق وإن لم ينو؛ لأنه لا يطلقها الله إلا وهي طالق، هكذا ذكر في فتاوى أبي الليث. وفي «المنتقى»: وفي العيون شرط النية. والأول أصح. ولو قال لها: ثلاث مني، أو قال: بطلاق مني، يحكم النية، وكان الشيخ ظهير الدين يفتي بالوقوع في هذه الصورة بلا نية.

٤٦٥٢ - إذا قال لامرأته: أنت طالق من امرأة فلان، وهي مطلقة، فذلك على نيته، إلا أن يكون جوابًا لمسألة الطلاق، هكذا ذكر القدوري في شرحه. وصورة ذلك: أن المرأة إذا قالت[2] لزوجها: قد طلق فلان امرأته فطلقني، فقال الزوج: أنت أطلق منها، فهي طالق، وإلا يدين. وكذلك إذا قال: أنت أبين منها. وسئل نصير رحمه الله تعالى عن ذلك، فقال يقع، ثم قال في اليوم الثاني: وجدت [رواية] عن أبي يوسف أنه لا يقع، قال الفقيه أبو الليث: معناه أنه لم ينو، وإذا نوى يقع، كذا روي عن أبي يوسف في الأمالي. إذا قال: خذي طلاقك يقع، وكذا إذا قال لها: [وهبت][3] طلاقك يقع، وإذا قال لها: [شئت][4] طلاقك، ذكر شيخ الإسلام رحمه الله في شرحه: أنه يقع الطلاق، ولم يشترط فيه النية الإيقاع.

---

(١) أثبت من [illegible] إلى هنا.

(٢) وفي ظ: إذا قالت ذلك.

(٣) أثبت من ظ إلى هنا.

(٤) [illegible]

٤٦٥٣ - وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرحه: إذا قال: شئت طلاقك بنية الإيقاع يقع، وذكر في "المنتقى" في باب الفدية من كتاب الطلاق: قال لامرأته: شئت[1] طلاقك وهو ينوي الطلاق طلقت، وذكر في باب الكنايات: إذا قال لها: شاء الله طلاقك، قضى الله طلاقك، شئت طلاقك، أمضيت طلاقك، قضيت[2]، لا تطلق إلا أن ينوي، ولو قال لها: هويت طلاقك، أحببت طلاقك، رضيت طلاقك، أردت طلاقك، لا تطلق وإن نوى. قال في "المنتقى": والقياس في كل ذلك سواء، غير أن شئت أشبه بالطلاق، فاستحسنته وحده.

٤٦٥٤ - إذا قال لها: وهبت لك طلاقك، فهذا صريح حتى يقع الطلاق قضاء وإن لم ينو به الطلاق، وإذا قال: نويت أن يكون الطلاق في يدها، لا يصدق قضاء ويصدق ديانة، وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يصدق قضاء أيضًا. ولو قال لها: أعرتك طلاقك، روي عن أبي يوسف: أنه يقع، وعن محمد: أنه لا يقع. ذكر هذه المسألة في فتاوى أبي الليث، قال نصير: الطلاق في يدها بمنزلة ما لو قال لها: أقرضتك طلاقك يقع، ولو قال لها: رهنتك طلاقك لم يرو عن المتقدمين [في ذلك شيء، وقال من مشايخنا المتأخرين][3]: ينبغي أن لا يقع.

٤٦٥٥ - وإذا قال الرجل: أخبر امرأتي بطلاقها، فهي طالق ساعة ما تكلم، أخبرها ذلك الرجل، أو لم يخبرها ذلك الرجل، وكذلك إذا قال: بشرها بطلاقها، احمل إليها طلاقها، أخبرها أنها طالق، قل لها: إنها طالق، بخلاف ما لو قال: قل لها أنت طالق، فإنه لا يقع الطلاق ما لم يبلغها. إذا قال لها: ترا سه طلاق داده شده، لا يقع شيء؛ لأنه ذكر الإيقاع دون الوقوع.

٤٦٥٦ - امرأة قالت لزوجها: طلقني فضربها، فقال: اينك طلاق، لا يقع؛ لأنه لم يوجد الإضافة، ولو قال: اينك تو طلاق، يقع، كذا حكى شمس الأئمة الحلواني. وفي "مجموع النوازل" في كتاب الإيمان: سئل شيخ الإسلام عن امرأة قالت لزوجها عند المشاجرة: مرا طلاق ده؟ مرد چوب برداشت ووي را زد، ومي كفت: داد طلاق، قال: لا تطلق. وسئل الإمام أحمد القلانسي عن امرأة قالت لزوجها: طلقني، فوكزها وقال: اينك طلاق، ثم وكزها ثانيًا، فقال: اينك دو طلاق، ثم وكزها ثالثًا فقال: اينك تراسه طلاق؟

---

(١) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: لبث.

(٢) وفي "ب": شئت طلاقك أمضيت قضيت لا تطلق.

(٣) هكذا في "م"، وكان في الأصل وغيره: عن المتقدمين فيه شيء، قال مشايخنا.

هذه المقالة، لا تطلق امرأته؛ لأنه المراد من اسم البيت عند تعيين البيت حقيقة البيت، لا بيت النكاح.

٤٦٦٠ - رجل طلّق امرأته فقيل له في ذلك، فقال: داد مش هزار ديكر، تطلق ثلاثاً من غير نيّة؛ لأن لفظة "ديكر" يقتضي الزيادة على ما سمّى أولاً وهو الطلاق، فصار كأنه قال: داد مش هزار طلاق ديكر.

٤٦٦١ - امرأة قالت لزوجها: من بر تو سه طلاق ام، فقال الزوج: بيشي[1]، أو قال: سه طلاق بيشي، أو قال: سه مگوي صد كوي، فهذا كله إقرار منه [بالطلاق][2]، فيقع عليها ثلاث تطليقات.

٤٦٦٢ - سئل الفقيه أبو بكر عمن قال لامرأته: هزار طلاق تو يكي كردم؟ [قال: يقع ثلاث تطليقات، كأنه قال: طلّقتك ألفاً بدفعة، وكذلك إذا قال: هزار طلاق ترا يكي كنم][3] ونوى الطلاق، تطلق ثلاثاً؛ لأنه يراد بمثل هذا الكلام الإيجاب، وقيل في الصورة الأولى ينوي الزوج؛ لأنه يحتمل هزار طلاق ترا يكي كردم تا بيك بار بگفتم، فيكون هذا وعداً في الإيقاع، فينوي لهذا. وقيل في الصورة الثانية: لا تطلق وإن نوى؛ لأن هذا وعد لا يحتمل الإيقاع في الحال.

٤٦٦٣ - امرأة سألت من زوجها الطلاق، فقال الزوج لها: أنت طالق خمس تطليقات، فقالت المرأة: الثلاث يكفيني، فقال الزوج: الثلاث لك، والبواقي لصواحبك، وله سواها امرأة أو امرأتان، يقع على المخاطبة ثلاث تطليقات، ولا يقع على غيرها شيء؛ لأن الزيادة على الثلاث لغو شرعاً، فقد صرف إلى غير المخاطبة ما هو لغو شرعاً، فلا يعتبر.

٤٦٦٤ - إذا قال لها: قولي إنّي طالق، فإن قالت ذلك طلقت، وإن لم تقل لا تطلق، بخلاف ما إذا قال لغيره: قل لامرأته إنها طالق، فإنها تطلق حيث قال ذلك الرجل لها أو لم يقل، وقد مرّ نظير هذا.

نوع آخر في الإيقاع طريق الإضمار وفي ترك الإضافة، وما يشبهها:

٤٦٦٥ - إذا قال: أنت بثلاث، وأضمر الطلاق فاعلم أن ههنا ثلاثة فصول: أحدها أن

(١) وفي م: بيشي.

(٢) هكذا في ب، وكان في نسختها: بالثلاث.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

يضمر بالطلاق والثلاث، وفي هذا الفصل لا يقع الطلاق. والثاني، أن يُظهر بالثلاث، ويضمر بالطلاق، وفي هذا الفصل يقع الثلاث، وإن أشكل أنه أتى بالوجه الأول أو بالوجه الثاني، يؤخذ بالأول حكماً، وبالثاني تنزّها واحتياطاً. إذا قال لامرأته: تو يكي تو سه، أو قال لها: ترا يكي ترا سه، قال الشيخ أبو القاسم الصفار البلخي رحمه الله: لا يقع الطلاق، قال: لأن العربية لها إضمارات، فأما الفارسية فليس لها إضمارات. قال الصدر الشهيد: المختار عندي أنه إذا نوى يقع [الطلاق، لأن هذا ليس من باب الإضمار، بل هذا من باب تعيّن أحد محتملي اللفظ؛ لأن اسم الثلاث يقع على غير الطلاق وعلى الطلاق][1]، فإذا لم ينو الطلاق لم يتعيّن الطلاق مراداً، وإذا نواه فيتعيّن. وفي فتاوى شمس الإسلام الأوزجندي ذكر مثل هذا في التعليق، وصورته: اگر تو بكار آئي ترا يكي ودو وسه، فأجاب بأنه لا يقع الطلاق بدون النية. وفي "فتاوى النسفي": سئل عن رجل اتّهمته امرأته بشيء، وطلبت منه أن يحلف على ذلك بطلاقها، فحلف بهذا اللفظ: اگر فلان كار كرده ام تو سه؟ فأجاب أنها لا تطلق.

٤٦٦٦- وفي "فتاوى الفضلي": إذا قال لها: أنت مني ثلاث، إن نوى الطلاق طلقت؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه، وإن قال: أنا لم أنو الطلاق لم يصدّق إذا كان الحال حال مذاكرة الطلاق. وفيه أيضاً: إذا قال لها: تو سه [ونوى الطلاق، قال: لا يقع الطلاق؛ لأنه أضمر الطلاق، وهو نظير قوله: أنت الثلاث ونوى الطلاق، وفيه أيضاً: إذا قال لها][2]: اگر تو فلان كار كني تو بيك طلاق، ففعلت وقع الطلاق من غير نية الزوج؛ لأن معنى كلامه تو بيك طلاق هستي، ولو قال لها: تو سه يار اى دون، وكان ذلك في حالة الغضب، فالقول قوله إن لم يرد الطلاق؛ لأن قوله: اى دون كما يحتمل الطلاق يحتمل اللعن وغيره، فلا يتعيّن الطلاق مراداً إلا بالنية.

٤٦٦٧- قالت لزوجها: طلّقني، فأشار إليها بثلاث أصابع، يريد بذلك ثلاث تطليقات، لا تطلّق ما لم يقل بلسانه؛ لأنه لو وقع وقع بالضمير، والطلاق لا يقع بالضمير.

٤٦٦٨- وفي "فتاوى أهل سمرقند": إذا قال لها: تو طلاق، يقع عليها طلقة؛ لأن معناه تو طلاق. وفي "فتاوى أبي الليث": قالت لزوجها: كيف لا تطلّقني؟ فقال لها بالفارسية: تو خود را از من تا باى طلاق كردني، قال: يُسأل الزوج عن مراده؛ لأنه أخبر عن

---

(١) أثبت من "ب" و "م".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من "ظ" و "م" و "ف".

الطلاق، فيسأل عن مراده، إذا قال لها في حالة الغضب: اگر تو زن منی سه طلاق، لا يقع شيء؛ لأنه حذف الياء، فلم يكن مضيفاً إليها، فلا يكون موجباً، وعلى هذا فصل التعليق إذا قال: هر زني كه مرا بود كنم سه طلاق، وتزوّج امرأة، لا يقع الطلاق هو الصحيح.

٤٦٦٩ - وسئل أبو نصر عن رجل سكران قال لامرأته: أتريدين أن أطلّقك؟ فقالت: نعم، فقال بالفارسية: اگر تو زن منی يك طلاق، ودو طلاق، وسه طلاق، قومي واخرجي من منزلي، وهو يزعم أنه لم يرد به الطلاق، فالقول قوله؛ قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: لأنه لم يضف الطلاق إلى امرأته، ولم يذكر الإيقاع[1]. قالت لزوجها: طلّقني، فقال الزوج: سه طلاق مرداد وبرو، إن نوى طلاقها يقع الطلاق [وإن قال: سه طلاق تو خود، يقع الطلاق][2] من غير نية. قال لامرأته: أنت طالق واحدة، فقالت المرأة: هزار، فقال الزوج: هزار، ينوى الزوج، فإن لم يكن له نية لا يقع شيء في الحكم؛ لأنه محتمل وإن كان إلى الوقوع أقرب.

٤٦٧٠ - رجل اتّهم امرأته برجل، ثم رأى ذلك الرجل في بيته، فغضب، وقال: زن غير را طلاق دادم، قيل: يقع الطلاق إذا نوى، وقيل بالوقوع من غير نية. رجل جمع أصدقاءه، وأمر امرأته أن تتخذ لهم طعاماً، فلم تفعل وذهبت من بيت الزوج، فقال الزوج: زني كه دوست ودشمن مرا خوار كند ازمن سه طلاق، ذكر في "مجموع النوازل" أنه تطلق امرأته. رجل قال لخدمه وهم يذكرون امرأته بسوء: چندان كرديد كه بسه طلاق كرديدش، أو قال: چندان كرديد كه سه طلاق كرديدش، يقع الطلاق عليها.

٤٦٧١ - قال رجل: طلّقت امرأتي، أو قال: امرأة طالق، ثم قال: لم أعن امرأتي، يصدّق، ولو قال: عمرة طالق، وامرأته عمرة، وقال: لم أعن امرأتي، لم يصدّق قضاءً؛ لأن في الوجه الأول يعرف امرأته، وفي الوجه الثاني عرّفها بالاسم، ذكره في فتاوى أهل سمرقند.

٤٦٧٢ - وفي "النوازل": رجل يريد الخروج إلى سفر، فأخذته صهرته، وقالت له: لا أدعك تخرج حتى تطلّق ابنتي، فقال الزوج: دختر ترا سه طلاق، ثم قال: لم أنو امرأتي، وإنما نويت بنتك التي ليست بامرأتي، لا يصدّق قضاء، ويصدّق ديانة.

٤٦٧٣ - سئل نجم الدين النسفي عن رجل عادته إذا رأى صبيّاً أن يقول له: أي سه

(١) وفي م: ولم ينو الإيقاع.

(٢) أثبتت من ب و م.

نوع آخر في تكرار الطلاق وإيقاع العدد في المدخولة وغير المدخولة:

٤٦٨٣ - امرأة قالت لزوجها: طلّقني وطلّقني وطلّقني، فقال الزوج: قد طلّقتك، طلقت ثلاثًا نوى الزوج الثلاث أو لم ينو، ولو قالت بغير حرف الواو: طلّقني طلّقني طلّقني، فقال الزوج: قد طلّقتك، فإن نوى الثلاث طلقت ثلاثًا، وإن نوى واحدة أو لم ينو شيئًا يقع واحدة؛ لأنه بدون حرف الواو يحتمل تكرار الأول، ويحتمل الابتداء، فإن ذلك نوى الزوج صحت نيته. هكذا ذكر في «عيون المسائل».

٤٦٨٤ - وفي «المنتقى»: إذا قالت: طلّقني طلّقني طلّقني بدون حرف الواو. فقال الزوج: قد طلّقتك، أنه يقع ثلاث تطليقات، ولم يشترط نيّة الزوج الثلاث.

٤٦٨٥ - امرأة قالت لزوجها: طلّقني ثلاثًا، فقال الزوج: أنت طالق، أو قال: فأنت طالق يقع واحدة، هكذا روى ابن سماعة وهشام عن محمد رحمه الله تعالى [عنه محمد رحمه الله](١) في رواية هشام: لأن هذا ليس بجواب، قال في رواية هشام: وإن عنى الجواب في قوله: أنت طالق، فأستحسن أن أجعلها ثلاثًا، ولو كان قال: قد طلّقتك يقع الثلاث، وكذا لو قال: فعلت، وقيل: ينبغي أن يقع الثلاث في الوجه الأول؛ لأنه أخرج الكلام مخرج الجواب، وإنه يصلح جوابًا، وسيأتي في مسائل الخلع ما يدل على أن قوله: أنت طالق جواب.

وذكر البقالي في فتاواه في الوجه الأول: أنها تطلق واحدة إلا أن ينوي الثلاث فيقع استحسانًا، فإن نعم روى أنها واحدة، يعني مع نية الثلاث. وفي «المنتقى»: امرأة قالت لزوجها: طلّقني، فقال الزوج: قد فعلت طلقت، فإن قالت: زدني، فقال: قد فعلت، طلقت أيضًا. إبراهيم عن محمد رحمه الله، قيل لرجل: أطلّقت امرأتك ثلاثًا؟ فقال: نعم واحدة، قال: القياس أن يقع عليها ثلاث تطليقات، ولكنا نستحسن ونجعلها واحدة. وفي «المنتقى»: إذا قالت المرأة: طلّقني ثلاثًا، فقال الزوج: قد أبنتك، فهذا جواب وهي ثلاث، وكذلك قوله: بائن.

٤٦٨٦ - وفي «نوادر ابن سماعة»: سئل أبو يوسف عمن طلّق امرأته فدخلت عليه أخت امرأته تعزيه، وقالت: ما أنت أخي فلانة طلقتين، ولم تعقد حو أينا، فقال الزوج:

---

(١) هكذا في ب.

الدار فطالق [إن](١) دخلت الدار، تعلقا جميعا بالدخول؛ لأنه لما ذكر بحرف الواو، عرف أن غرض الزوج من الأول التعليق، فالأول يبقى في معنى التعليق، فيتوقف أول الكلام على آخره، وتعلق الكل بالشرط دفعة واحدة، وفيما إذا لم يذكر حرف العطف، لم يظهر أن غرض المتكلم من الأول التعليق، فبقي الأول منجزا، فبانت بالأولى لا إلى عدة، ولغت الثانية؛ لأن تعليقها حصل في غير الملك.

٤٦٩٠- إذا قال لها ولم يدخل بها: إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق، فدخلت الدار يقع واحدة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما يقع الثلاث. ولو قدّم الجزاء فقال: أنت طالق وطالق وطالق إن دخلت الدار، فدخلت يقع الثلاث بلا خلاف، والمسألة معروفة.

٤٦٩١- ولو قال لها: أنت طالق، ثم طالق، ثم طالق إن دخلت الدار، فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: يقع عليها واحدة للحال، وتبين بها، ويلغو ما بعد ذلك من الكلام، وعندهما: يتوقف الكل على وجود الشرط، فإذا(٢) وجد الشرط يقع الثلاث، هكذا ذكر المسألة في النوازل. وذكر القدوري: أن على قولهما إنما يقع الثلاث عند وجود الشرط إذا وجد الشرط بعد ما دخل الزوج بها، أما إذا وجد الشرط قبل أن يدخل الزوج بها، يقع واحدة، وهو الأشبه.

وجه قولهما: أن كلمة ثم من حروف العطف كالواو والفاء، إلا أنه يقتضي العطف على التراخي، فلاقتضائه العطف قلنا: يتعلق الكل بالشرط، وباعتبار اقتضائه التراخي قلنا: يتأخر الثانية والثالثة عن الأولى وقوعا. ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى: أن خاصية هذه الكلمة التراخي، وقد دخلت على اللفظ، فيجب إظهار التراخي في نفس اللفظ، وذلك بأن يتراخى تعليق الثاني عن الأول، وعلى هذا الاعتبار يقع الفصل بين الأول والثاني، فيصير كما إذا فصل بينهما بالسكوت، وهناك الجواب كما قلنا، فههنا كذلك. والحاصل: أنهما يظهران التراخي في الوقوع دون التعليق، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى أظهر التراخي في التعليق دون الوقوع.

٤٦٩٢- ولو قدم الشرط فقال: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم طالق، ثم طالق [تعلق](٣) الأولى بالدخول، ووقعت الثانية، ولغت الثالثة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما يتوقف الكل على وجود الشرط، فإذا وجد الشرط يقع واحدة، والكلام في هذا

(١) ليس في: ب، و، ظ.

(٢) في ب، و، ظ، ح، ف: إذا.

(٣) هكذا في النسخ التي عندنا، ولكن في الأصل: تعلقت.

بعد" مقتضاها على ضد مقتضى قبل، وكلمة "مع" للقران ذكرت بالهاء، وبغير الهاء؛ فنقول في كلمة "مع": يستوي الجواب بين أن تكون مذكورة بالهاء أو بغير الهاء؛ لأن كلمة "مع" للقران، فاقتضى وقوع التطليقتين [معًا، ويستقيم إيقاع تطليقتين معًا][1] على غير المدخول بها، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا قال: معها واحدة يقع واحدة [والصواب ما ذكرنا][2].

٤٦٩٦ - وفي كلمة "قبل" و"بعد" يختلف الجواب بالذكر مع الهاء أو بغير الهاء، فإذا قال لها: أنت طالق واحدة قبل واحدة، فالقبلية صفة للمذكور أولا، فسبق الأول في الوقوع، وبانت لا إلى عدة، فلا تقع الثانية، وإذا قال: قبلها واحدة، فالقبلية صفة للمذكور آخرًا، وليس في وسعه تقديم الآخر على الأول، أما في وسعه القران، فثبت من قصده قدر ما كان في وسعه وهو القران فيقعان معًا. وإذا قال لها: أنت طالق [أنت طالق][3]، واحدة بعدها واحدة [بعد واحدة][4] فالبعدية صفة للمذكور [أولا، فاقتضى وقوع الأول بعد الثاني، وليس في وسعه ذلك، أما في وسعه القران فيقعان معًا. وإذا قال: واحدة بعدها واحدة][5] آخرًا، وهو ما كان موصوفًا بهذه الصفة من غير وصفه، فلم يزد ذلك إلا تأكيدًا، وبعد ما وقع الأول، لا يتصور وقوع الثاني قبل الدخول.

٤٦٩٧ - وفي "المنتقى": وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى في رجل قال لامرأته ولم يدخل بها: أنت طالق واحدة بعدها واحدة إن دخلت الدار بانت بالأولى، ولم يلزمها اليمين؛ لأن هذا منقطع، ولو قال لها: أنت طالق واحدة قبل واحدة إن دخلت الدار لم تطلق حتى تدخل، فإذا دخلت الدار طلقت واحدة، ولو قال لها: أنت طالق واحدة قبلها واحدة أو مع واحدة، أو معها واحدة [أو قبلها واحدة][6] إن دخلت الدار لم تطلق حتى تدخل، فإذا دخلت يقع عليها ثنتان. ولو قال لها: أنت طالق واحدة بعدها أخرى إن دخلت الدار، لم تطلق حتى تدخل، وإذا دخلت وقع عليها ثنتان، وهذا وقوله واحدة وواحدة سواء.

---

(١) هكذا في "ب" و"م".

(٢) هكذا في "ب" و"ف" و"م"، وكان في الأصل و"ظ" وتفاوت ما ذكر في قبل وبعد... إلخ.

(٣) أثبت من "ظ".

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٥) أثبت من النسخ التي اعتمدنا عليها.

(٦) هكذا في "ظ".

٤٦٩٨ - ولو قال لها ولم يدخل بها: أنت طالق إحدى وعشرين، يقع الثلاث عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى خلافاً لزفر، ولو قال: أحد عشر، يقع الثلاث في قولهم، والوجه لعلمائنا الثلاثة: أن قوله: إحدى وعشرين كلام واحد كقوله: أحد عشر، فلا يحكم بأوله قبل آخره، حتى يقال: تبين بواحدة بأول الكلام، فصادفها[1] الثنتان الأخريان وهي مبانة، وإنما قلنا: إنه كلام واحد؛ فإن من أراد أن يعبّر عن واحدة وعشرين، لا يمكنه أن يعبّر عنها بعبارة أوجز من هذا في عرف الاستعمال، فيجعل كلاماً واحداً؛ لأن الأصل أن يكون لكل شيء عبارة بكلمة واحدة.

٤٦٩٩ - ولو قال: واحدة وعشراً، يقع واحدة؛ لأنه يمكنه أن يأتي باللفظ المعتاد، وبعبارة أخرى أوجز من هذا، وجعل العددين شيئاً واحداً يكون بطريق الضرورة، والضرورة تندفع بالمعتاد، وبقي ما وراء المعتاد مردوداً إلى أصل القياس، وهما عددان في الحقيقة.

٤٧٠٠ - ولو قال: واحدة ومائة [أو واحدة][2] وألفاً، كانت واحدة في رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يقع الثلاث. ولو قال: واحدة ونصفاً، يقع عليها ثنتان، ولو قال: نصف واحدة، ونصف واحدة عند محمد رحمه الله تعالى خلافاً لأبي يوسف.

٤٧٠١ - ابن سماعة في نوادره: عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل له امرأتان لم يدخل بهما، فقال: امرأتي طالق، امرأتي طالق، ثم قال: أردت واحدة منهما، لا أصدّقه وأبينهما منه، وكذلك لو قال: امرأتي طالق، وامرأتي طالق، ولو كان قد دخل بهما، وباقي المسألة بحالها، فله أن يوقع الطلاقين على إحداهما.

نوع آخر في إيقاع الطلاق بعدد ما له عدد، وما لا عدد له وفي تشبيه الواقع بما له عدد، وما لا عدد له:

٤٧٠٢ - إذا قال لها: أنت طالق مثل عدد كذا، لشيء لا عدد له كالشمس والقمر، وما أشبه ذلك، فهي واحدة بائنة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى: تقع واحدة رجعية؛ لأنه لما شبّهه بعدد ما لا عدد له، لغى ذكر العدد، وبقي قوله: أنت

(1) وفي ف، م: فيصادفها

(2) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ، م، ف.

طالق، والواقع به واحدة رجعية، ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه وصف الطلاق بضرب من الزيادة بشيء، فلأن تعذّر إظهار الزيادة من حيث العدد، وأمكن اعتبارها(١) من حيث وصف البينونة، فيجب إظهارها، وروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى رواية أخرى: أنه يقع واحدة بائنة كما هو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، ولو قال لها: أنت طالق عدد شعر بطن كفي، فهي طالقة واحدة؛ لأنه لا شعر على بطن كفه، فلا يكون ذكر العدد موقعًا العدد، وكذلك إذا قال: عدد ما في يدي من الدراهم، وليس في يده شيء، يقع طلقة واحدة، وكذلك إذا قال: عدد ما في هذا الحوض من السمك، وليس في الحوض سمك، وكما إذا قال: عدد(٢) كل شعرة على جسد إبليس، يقع واحدة حتى يعلم هل على جسد إبليس شعر؟

٤٧٠٣- ولو قال: أنت طالق عدد شعر رأسي، أو عدد شعر ظهر كفي، وقد كان حلق شعر كفه، أو رأسه قبل هذه المقالة، طلقت ثلاثًا؛ لأنه يشبه الواقع بعدد شعر الرأس، وبعدد شعر ظهر الكف، وشعر ظهر الكف وشعر الرأس ذو عدد في نفسه، وإن لم يكن موجودًا في الحال، فصار موقعًا للعدد، بخلاف ما لو قال: عدد ما على رأسي من الشعر، أو عدد ما على ظهر كفي من الشعر؛ لأن هناك شبّه الطلاق بالعدد الموجود، حيث قال: عدد ما على ظهر كفي من الشعر، فإذا لم يكن موجودًا لغي ذكر العدد. ولو قال لها: أنت طالق كعدد النجوم، أو مثل عدد النجوم، أو كالنجوم، أو كالرمل، فهي واحدة بائنة، كذا رواه ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى، وفي رواية أخرى عنه: أنها واحدة رجعية، ولو قال: عدد النجوم، فهي ثلاث.

٤٧٠٤- وفي «الجامع الصغير»: إذا قال لها: أنت طالق كألف، فهي واحدة بائنة إلا أن ينوي ثلاثًا؛ لأن الشيء قد شبه بالألف بزيادة قوة فيه، كما في قوله: رجل كان واحد بعدد الألف زائد، وقوة الطلاق بالبينونة، فهذا(٣) يقتضي وقوع واحدة بائنة، وقد يشبه به لكثرته، وهذا يقتضي وقوع الطلاق الثلاث؛ لأن الثلاث كثير(٤)، إلا أن الواحدة أولى، فعند الإطلاق يقع واحدة، وإذا نوى الثلاث صحت نيته.

٤٧٠٥- وفي «القدوري»: إذا قال لها: أنت طالق كألف، إن نوى ثلاثًا فثلاث، وإن

(١) وفي [illegible]: إظهارها.

(٢) وفي [illegible]: بعدد.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من [illegible].

(٤) أثبتناه من [illegible].

مرة واحدة، أو لم يكن له نية، فهي واحدة بائنة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى الآخر، وقال محمد رحمه الله تعالى: هي ثلاث، ولا يدين في الحكم. وتبيّن بما ذكر القدوري أن المذكور في الجامع الصغير قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى.

وجه قول محمد على ما ذكره القدوري: أن هذا تشبيه من حيث العدد؛ لأن الألف عدد، فيقتضي التشبيه [من حيث العدد][1] بعدده، كما لو قال: أنت طالق كعدد ألف، بخلاف ما لو قال: أنت طالق واحدة كألف؛ لأنه لما صرح بالواحدة علمنا أنه أراد به التشبيه في الشدة والقوة دون العدد، فيقع واحدة بائنة، ولا يقع الثلاث وإن نوى؛ لأن الواحدة لا تحتمل العدد، ومن نوى ما لا يحتمله لفظه، لا يعمل نيته. ولو قال: أنت طالق كعدد ألف أو ثلاث، فهي ثلاث في القضاء، ذكره القدوري أيضًا؛ لأنه لما صرّح بالتشبيه من حيث العدد، فلم يبق لاحتمال التشبيه من حيث القوة عبرة.

٤٧٠٦- وإذا قال لها: أنت طالق مثل عظم رأس الإبرة، أو قال: مثل الجبل، أو قال: مثل حبة الخردل، فالأصل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى في جنس هذه المسائل: أنه إذا شبه الطلاق بشيء عظيم أو صغير يقع بائنًا، أي شيء كان المشبه به، سواء كان ذكر العظم أو لم يذكر. والأصل عند زفر رحمه الله تعالى: أنه متى شبّه الطلاق بشيء عظيم يكون بائنًا، ومتى شبهه بشيء صغير حقير يكون رجعيًا، ذكر العظم أو لم يذكر. والأصل عند أبي يوسف ومحمد: أنه متى ذكر العظم بالتشبيه، وشبهه بشيء عظيم أو شيء صغير حقير، إن كان له حدة يكون بائنًا، وإن لم يكن له حدة يكون رجعيًا. يكون بيانه في مسائل.

٤٧٠٧- إذا قال لها: أنت طالق عظم السمسم، أو عظم الخردل، فعند أبي يوسف ومحمد: يقع تطليقة بائنة، باعتبار العظم ذكرًا، وعند زفر رحمه الله: يقع واحدة رجعية في المسألتين، اعتبارًا للصغر المسمى. ولو قال: مثل رأس الإبرة، يقع واحدة بائنة عندهما؛ لأن له حدة. ولو قال: مثل السمسمة، يقع واحدة رجعية؛ لأنه ليس له حدة، وأنه صغير، وعند زفر يقع واحدة رجعية في المسألتين جميعًا، اعتبارًا للصغر المسمى. ولو قال: مثل الأساطين، أو التراب، أو الجبال، عند أبي يوسف ومحمد: يقع تطليقة رجعية، وعند زفر يقع واحدة بائنة، وعند أبي حنيفة: يقع تطليقة بائنة في هذه الفصول كلها؛ للأصل الذي مر. وذكر بعض مشايخنا قول محمد رحمه الله مع قول أبي يوسف على نحو ما بينا، وذكر بعضهم قول محمد

(1) أثبتناه من ب، ز، ف.

مع قول أبي حنيفة.

٤٧٠٨ - وإذا قال لها: أنت طالق مثل سبحة دانق، وبالفارسية: دانك سنكي ترا طلاق، تقع واحدة؛ لأن سبحة دانق واحدة، فقد شبه الوقوع بالواحدة، فتقع واحدة. ولو قال: مثل سبحة دانق ونصف، وبالفارسية: دانك ونيم سنك، يقع ثنتان؛ لأن سبحة دانق ونصف سبحتان من حيث العدد، فقد شبه الواقع بعددين، فيقع ثنتان [ولو قال: نيم درم سنك، فتقع واحدة][1]؛ لأن سبحة نصف درهم في العرف واحدة. ولو قال: چهار درم سنك، يقع تطليقتان؛ لأن له سبحتين في العرف. ولو قال: چهار دانك ونيم سنك، فيقع ثلاث تطليقات؛ لأن چهار دانك ونيم سنك يقدر بثلاث سبحات في العرف، فقد شبه الواقع بالثلاث. [ولو قال: چهار دانك سنك، يقع تطليقتان[2]؛ لأن له سبحتين في العرف][3].
والحاصل أن التعويل على عدد السبحات المتعارف فيما بين الناس.

٤٧٠٩ - ولو قال لها: أنت طالق هكذا، وأشار بإصبع واحدة، وإذا أشار بثنتين، فهي ثنتان، وإن أشار بثلاث فهي ثلاث؛ لأن الإشارة بالأصابع بمنزلة التصريح بالعدد. وإن أشار بثلاث أصابع، وقال: عنيت بهذه الإشارة التشبيه بالكف دون الأصابع، لا يصدق قضاء؛ لأنه خلاف الظاهر، لأن الظاهر فيما بين الناس أنهم يريدون بالإشارة بعض الأصابع، التشبيه بالأصابع دون الكف.

٤٧١٠ - ومن المتأخرين من قال: إذا جعل ظهر الكف إليها، والأصابع إلى نفسه، صدق قضاء، وإن قال: عنيت الثنتين الإصبعين اللتين عقدتهما، لا يصدق في القضاء، ويقع ثلاث تطليقات؛ لأنه ادعى خلاف الظاهر، والظاهر فيما بين الناس أنهم يريدون الإشارة بالأصابع المنشورة دون المعقودة.

وبعض مشايخ بلخ قالوا: إنما لا يصدق قضاء، إذا كانت الأصابع كلها معقودة قبل الإشارة، فنصب ثلاثًا منها، وقال: أنت طالق هكذا، وقال: عنيت به الأصابع المعقودة، أما إذا كانت الأصابع كلها منشورة، فعقد ثنتين منها، وقال: أنت طالق هكذا، وقال: عنيت به الأصابع المعقودة، يصدق قضاء؛ لأنه ادعى المعتاد فيما بين الناس، أنهم يريدون الإشارة بما أحدثوا فيها الحركة، وإذا كانت الأصابع كلها منشورة، فعقد اثنتين منها، فإنما أحدث الحركة في

(١) أثبت من ب و ف.
(٢) وفي ف: تطليقات.
(٣) أثبت من ب و ف.

المعقودة، فكان مذهبًا ما هو المعتاد، فيصدَّق قضاء، لكن هذا خلاف رواية محمد رحمه الله تعالى فقد قال محمد في "الأصل": إذا قال: عنيت اثنتين بالإصبعين اللتين عقدتهما، لا يصدِّقه القاضي، وقوله: عقدت يقتضي أنها كانت منصوبة من قبل، وإن أشار بالأصابع كلها وقال: أنت طالق، ولم يقل: هكذا، يقع واحدة؛ لأن الإشارة بالأصابع محتملة [بين أن يكون تشبيه الواقع بها، وبين][1] أن يكون للكتابة عن المرأة تأكيدًا لقوله: أنت، فيقع الشك في وقوع ما زاد على الواحدة، بخلاف ما إذا قال: هكذا؛ لأنه إذا قال: هكذا، فقد نص [على التشبيه، والظاهر تشبيه][2] الطلاق بها دون المرأة؛ لأن الطلاق متعدِّد بنفسه دون المرأة.

٤٧١١- ولو قال لها: أنت طالق من هنا إلى الشام، فهي واحدة رجعيّة؛ لأنه وصفها [بالقصر؛ لأن الطلاق إذا وقع يقع في جميع الدنيا، فإذا قال: إلى الشام، فقد وصف][3] بالقصر، وقصره يكون من حيث الحكم هو الرجعي. إذا قال لها: أنت طالق ملأ الدار وملأ الجب، فإن نوى ثلاثًا فثلاث[4]، وإن نوى واحدة أو ثنتين، أو لم تكن له نيّة، فهي واحدة بائنة؛ لأن الظرف قد يمتلئ من الشيء لضخامته وغلظه، وقد يمتلئ منه لكثرته، ونفس الطلاق لا يوصف بالغلظ، فأما حكمه يوصف بالغلظ وهو البينونة، فإذا لم ينو شيئًا تقع واحدة بائنة؛ لأنه أدنى، وإذا نوى الثلاث تصح نيّته؛ لأن اللفظ يحتمله. ولو[5] قال لها: أنت طالق واحدة مثل[6] الدار، أو قال: بمثل الدار[7]، فهي واحدة بائنة؛ لأنه أدنى، وإذا نوى الثلاث تصح نيّته، لما نص على الواحدة، ووصفها بمثل[8] الدار علمنا أنه أراد به مثل ملأ الدار من حيث الضخامة والغلظ.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) أثبت من "ب" و"ف".

(٣) أثبت من "م".

(٤) وفي "م": فهي ثلاث.

(٥) وفي "ب" و"ف" و"م": وإذا قال.

(٦) وفي "ب" و"ف" و"م": ملأ الدار.

(٧) وفي "ب" و"ف" و"م": بملأ الدار.

(٨) وفي "ب" و"ف" و"م": بملأ الدار.

٤٧١٢ - ولو[1] قال لها : أنت طالق لونين من الطلاق ، فهما تطليقتان يملك الرجعة ، ولو قال : ثلاثة ألوان فهي ثلاث ، وكذا إذا قال : ألواناً من الطلاق ، فهي طالق ثلاثاً ، وإن قال : نويت ألوان الحمرة والصفرة ، فإنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى ، وكذلك إذا قال : ضروباً ، أو أنواعاً ، أو وجوهاً من الطلاق .

٤٧١٣ - وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : أنت طالق واحدة يكون ثلاثاً ، أو يصير ثلاثاً ، أو يعود ثلاثاً فهو ثلاث ، وكذا إذا قال : يتم ثلاثاً . ولو قال لها : أنت طالق تمام ثلاث ، أو ثالث[2] ثلاث ، فهي ثلاث . ولو قال : أنت طالق آخر ثلاث تطليقات [فهي واحدة ، ولو قال : طلقتك آخر ثلاث تطليقات][3] - طلقت ثلاثاً .

٤٧١٤ - إذا قال لها : ترا سيار طلاق ، ولا نية له يقع تطليقتان[4] ؛ لأن الشيء إذا ضم إلى الشيء يصير كثيراً ، وللكثير أكثر ، فأكثر كثير الطلاق الثلاث ، والكثير ثنتان ، هكذا ذكر في فتاوى أهل سمرقند .

٤٧١٥ - في البقالي : إذا قال لها : أنت طالق عامة الطلاق ، أو قال : جل الطلاق فثنتان ، ولو قال : أكثر الطلاق فهي ثلاث ، ولو قال[5] : كل الطلاق فهي واحدة ، ولو قال : كثير الطلاق فهو ثنتان ، ولو قال : أنت طالق الطلاق كله فهي ثلاث ، وكذلك إذ قال : كل طلقة . ولو قال عدداً من الطلاق ، فهو ثنتان . وكذلك إذا قال : عدد الطلاق . ولو قال : عدة الطلاق ، فهو ثلاث . ولو قال : أنت طالق وأخرى ، فهي واحدة . ولو قال : أنت طالق واحدة وأخرى ، فهي ثنتان . ولو قال : أنت طالق غير واحدة ، فهي ثنتان . ولو قال : غير ثنتين ، فهي ثلاث . وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في قوله : أنت طالق غير واحدة ، أنها واحدة إلا أن ينوي .

٤٧١٦ - ولو قال لها : أنت طالق ، لا قليل ولا كثير ، حكي عن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل : أنه يقع واحدة ، قال : لأن الطلاق لا يوصف بالقلة والكثرة . فلغى ذكر

---

(١) وفي ب و ف و م : إذا .

(٢) وفي م : ثالث فقط .

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط و م و ف .

(٤) وفي ظ و ب : تطليقات ، ولكن الصحيح ما هو في المتن .

(٥) وفي م : ولو قال لها .

القلة والكثرة، ويقع قوله: أنت طالق، وهكذا حكي عن الفقيه أبي بكر البلخي رحمه الله تعالى. واختيار الصدر الشهيد على أنه يقع الثلاث؛ لأنه [لما][1] قال أولاً: لا قليل[2]، فقد قصد إيقاع الثلاث؛ لأن الثلاث هو الكثير، فلا يعمل بعد ذلك قوله: ولا كثير [يعني هذا لو قال: لا كثير][3] ولا قليل، يقع واحدة. وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني: أنه يقع ثنتان. وهو الأشبه؛ لأن الثنتين كثير على ما ذكرنا، وإذا قال: لا قليل، فقد قصد إيقاع الثنتين، فلا يعمل بعد ذلك قوله: ولا كثير.

نوع آخر في إلحاق العدد بالإيقاع، وفيه نية العدد:

٤٧٦٧- إذا قال لها: أنت طالق فسكت، ثم قال: ثلاثاً، فإن كان سكوته لانقطاع النفس، وقع الثلاث؛ لأن الفصل هنا غير معتبر، وإن كان سكوته لا لانقطاع النفس، لا يقع إلا واحدة؛ لأن الفصل هنا معتبر [هكذا][4] ذكر في "النوازل". ولو قال لها: [أنت طالق، فقيل له بعد ما سكت: كم؟ قال: ثلاثاً، قال أبو يوسف رحمه الله: كانت طالقاً ثلاثاً، هكذا ذكر في "العيون"، فيحتمل هذا أن يكون قول أبي يوسف][5] خاصة، بناء على ما روي عنه أن من قال لامرأته: أنت طالق، ونوى الثلاث أنه يصح، ويحتمل أن هذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أيضاً، بناء على أن من طلق امرأته واحدة، ثم قال: جعلتها ثلاثاً يصح عنده، قال الصدر الشهيد: وهو الظاهر.

٤٧٦٨- رجل قال لامرأته: ترا طلاق، أو قال: دادمت طلاق، ونوى الثلاث يصح، ويقع الثلاث، بخلاف قوله: أنت[6] طالق، ونوى الثلاث؛ لأن قوله[7]: طالق نعت فرد، ونعت الفرد لا يحتمل العدد، فأما الطلاق مصدر، والمصادر أسماء الأجناس، واسم الجنس

---

(1) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: بما.

(2) هكذا في النسخ الموجودة عندنا، وكان في الأصل: لا قليل ولا كثير.

(3) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من م و ب.

(4) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: كذا.

(5) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من م وف.

(6) وفي م: بخلاف ما إذا قال لها: أنت طالق، ونوى الثلاث؛ لأن قوله: طالق نعت الفرد... إلخ.

(7) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: أنت طالق.

يتناول الأدنى، ويحتمل الكل، فعند انعدام النية فينصرف إلى الواحدة، وإذا نوى الثلاث، فقد نوى ما يحتمله لفظه.

٤٧١٩ - وفي «الأصل»: إذا قال لها: أنت طالق[1]، يقع واحدة وإن نوى الثلاث، ولو قال: أنت الطلاق، ونوى الثلاث يقع الثلاث، ولو قال: أنت طالق الطلاق كله، يقع الثلاث وإن لم ينو الثلاث. ومن المشايخ رحمهم الله تعالى من قال: يشترط نية الثلاث لوقوع الثلاث ولو قال: أنت طالق الطلاق كله، يقع الثلاث، وإن لم ينو الثلاث[2]، وهو قول عيسى بن أبان، ولو قال: أنت طالق طلاقًا، ولا نية له وقعت واحدة، وإن نوى ثلاثًا صحت نيته، ولو نوى ثنتين لا تصح، وإذا قال لها: طلقي نفسك، ونوى الثلاث صحت نيته [ولو نوى ثنتين لا تصح][3]، حتى لو طلقت نفسها ثلاثًا، يقع الثلاث؛ لأن معنى كلامه افعلي فعل الطلاق، أوقعي الطلاق على نفسك، كما أن معنى قوله: اضرب، افعل فعل الضرب، والطلاق مصدر، والتقدير ما ذكرنا.

٤٧٢٠ - ولو قال: أنت طالق طلاقًا، ولا نية له وقعت واحدة، وإن نوى ثلاثًا صحت نيته، ولو نوى ثنتين لا تصح؛ لأن المصدر يحتمل الكل، أما لا يحتمل العدد، والثنتان عدد فلم يصح نية الثنتين في الطلاق، وصحت نية الثلاث فيه لهذا. ولو نوى بقوله: أنت طالق واحدة، وبقوله: طلاقًا أخرى، تصح نيته، وتقع ثنتان، هكذا ذكر القدوري في «كتابه»، فيصير تقدير المسألة: أنت طالق [أنت طالق][4] طلاقًا.

نوع آخر في إيقاع بعض التطليقة:

٤٧٢١ - إذا قال لامرأته: أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين، يقع عليها ثلاث تطليقات، هكذا ذكر في «الجامع الصغير».

٤٧٢٢ - واعلم بأن من هذا الجنس مسائل: إحداها: إذا قال: أنت طالق نصفي تطليقة، يقع طلقة واحدة؛ لأن نصفي تطليقة تكون تطليقة واحدة، كنصفي درهم يكون درهمًا واحدًا.

---

(١) وفي ب [illegible]: أنت طالق، فلا يقع إلا واحدة.

(٢) هكذا في م.

(٣) ثبت من ص.

(٤) هكذا في [illegible] ط.

وثلث تطليقة، وربع تطليقة، يقع ثنتان، هو المختار؛ لأنه متى جمع هذه الأجزاء يزداد العدد على الواحدة، فعلى قياس ما ذكر الصدر الشهيد رحمه الله: ينبغي في قوله: أنت طالق نصف تطليقة، وثلث تطليقة، وسدس تطليقة، أن يقع تطليقة واحدة؛ لأنه متى جمع بين هذه الأجزاء لا يزداد على الواحدة. ولو قال: نصف تطليقة، وثلثها، وربعها، وقعت ثنتان؛ هكذا روى الحسن بن زياد؛ لأنه زاد على أجزاء الواحدة، فلا بد أن تكون الزيادة من طلقة أخرى. بعض مشايخنا قالوا: يقع واحدة، وإليه مال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي.

٤٧٣٢ - ولو قال لها: أنت طالق واحدة ونصف، أو قال: واحدة وربع وما أشبه ذلك، يقع ثنتان، ولو قال: واحدة ونصفها، أو قال: واحدة وربعها، يقع واحدة. والفرق أن في المسألة الأولى ذكر نصفًا مطلقًا، وربعًا مطلقًا، فاقتضى ذلك تطليقة ثانية، وفي المسألة الثانية ذكر النصف والربع مضافًا إلى الواحدة الموقعة، لكون الهاء كناية عن المذكور أولاً، وقد وقعت الأولى بجميعها، فلا يتصور إيقاعها ثانيًا.

٤٧٣٣ - وذكر القدوري في شرحه: إذا قال الرجل لأربع نسوة له: بينكن تطليقة، طلقت كل واحدة واحدة؛ لأن كلمة "بين" كلمة تقسيم وتشريك، فتصير التطليقة مقسومة بينهن، فيصيب كل واحدة ربع طلقة، ويقع ربع الطلقة بوقوع الكل، وكذا إذا قال: بينكن تطليقتان، أو ثلاثًا، أو أربعًا.

٤٧٣٤ - وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف: لو قال لامرأتين له: جعلت بينكما تطليقتين، أو قسمت بينكما تطليقتين، تطلق كل واحدة ثنتين، فكأنه مال إلى أن كل تطليقة تقسم بينهما على حدة، وعلى قياس هذا ينبغي أن يقع على كل واحدة ثلاث تطليقات في قوله: ثلاثًا، أو أربعًا، وهو قول زفر.

٤٧٣٥ - وكذا لو كان الأصل في العدد المذكور قسمة الجملة، والطلاق من جملة الأعداد المذكورة، ولو قال: بينكن خمس تطليقات، طلقت كل واحدة ثنتين؛ لأن الخمس إذا قسم بين الأربع يصيب كل واحدة تطليقة وربع، فيتكامل الربع، فيصير الربع تطليقتين، وكذلك الجواب فيما زاد على الخمس إلى الثمانية، وعلى قياس قول أبي يوسف: يقع على كل واحدة ثلاث تطليقات، ولو قال: بينكن تسع تطليقات، يقع على كل واحدة ثلاث تطليقات؛ لأنه يصيب(١) كل واحدة تطليقتان وربع.

---

(١) وفي [illegible]

لامرأته: أنت حرة، وقال: أردت عتقها بالحرية، لا الطلاق، يدين في القضاء، هكذا ذكر شمس الأئمة الحلواني في شرحه، وذكر شمس الأئمة [السرخسي]، قالوا: لا يصدق في القضاء.

٤٧٣٩ - وفي «المنتقى»: إذا قال لها: أنت علي حرام، ثم قال: عنيت به الكذب، لم يصدق في إبطال الإيلاء قضاء، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى.

٤٧٤٠ - ولو قال: كل حل علي حرام، فإنه يسأل عن نيته، فإن نوى اليمين ولم ينو شيئاً بعينه، كان يميناً، وينصرف إلى الطعام والشراب، ولا تدخل فيه امرأته إلا بالنية استحساناً، هكذا قال محمد رحمه الله في الكنايات. وحكي عن بعض مشايخ بلخ أنه تدخل فيه امرأته أيضاً وإن لم ينوها؛ لأن العرف قد فشا فيما بينهم أنهم يريدون بهذه اللفظة النساء. قال شمس الأئمة الحلواني: حتى لو فشا هذا العرف فيما بيننا أيضاً، دخلت امرأته في اليمين أيضاً من غير نية. وبعض مشايخ زماننا أفتوا في قوله: حلال بر من حرام، هرجه حلال است بر من حرام، أنه ينصرف إلى الطلاق من غير نية؛ لأنه غلب استعمال هذا في النساء.

ثم على ما هو جواب محمد، إذا نوى امرأته حتى دخلت فيه امرأته، لا يخرج الطعام والشراب من اليمين، حتى إذا أكل أو شرب، أو قرب امرأته، تلزمه الكفارة، وتصير تقدير المسألة كأنه قال: والله لا أتناول النساء، والطعام، والشراب، فإذا تناول شيئاً من الطعام والشراب حنث في يمينه، وانقضى حكم يمينه، حتى لو قرب امرأته بعد ذلك لا يحنث في يمينه، ويستوي أن يتناول شيئاً قليلاً أو كثيراً من الطعام أو الشراب، بخلاف ما إذا قال: والله لا آكل هذا الطعام، أو الشراب، وذلك مما يستوفى في مجلس واحد، فإن هناك لا يحنث في يمينه ما لم يستوف جميع ذلك.

والفرق أن هناك الحنث بحكم الشرط، والحرمة تثبت ضرورة كون الأكل والشرب شرطاً، والحالف جعل أكل الطعام شرطاً، والمعلق بالشرط لا ينزل عند[2] وجود بعضها، فأما هنا الحرمة بموجب التحريم، وصيرورته شرطاً كان ضرورة ثبوت الحرمة، والحرمة إذا ثبتت في عين[3]، صار كل جزء منه حراماً، فصار انحلال اليمين ووجوب الكفارة معلقاً بتناول جزء منه.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ، م، ب.

(٢) كذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: لا عند وجود بعضها.

(٣) وفي ب [illegible]

وكذلك لا يدخل في هذه اليمين اللباس إلا بالنية، وإذا نوى اللباس حتى دخل اللباس تحت اليمين، لا يخرج الطعام والشراب عن اليمين، فإذا لبس شيئاً من الملبوسات حنث في يمينه، ويلزمه الكفارة، ويقضي بحكم اليمين.

والحاصل أنه إذا لم ينو في هذه اليمين شيئاً بعينه من الحلالات، فيمينه على الطعام والشراب خاصة، وإن كان اللفظ عاماً صالحاً لتناول جميع الحلالات؛ لأن المقصود الحالف من اليمين البر دون الحنث، ولا يتصور البر إذا حمل على العموم؛ لأنه حين يحلف مرتكب ما هو شرط الحنث عقيب اليمين؛ لأن التنفس، وفتح العين، والقيام، والقعود، وما أشبه ذلك من الأشياء التي لا يخلو الإنسان عنها، داخل تحت التحريم. وإذا تعذر اعتبار معنى العموم فيه، حمل على المتعارف، وهو الطعام والشراب الذي به قوام النفس، فلا يدخل تحت التحريم سواهما إلا بالنية. ولو نوى الطعام خاصة، أو الشراب خاصة، أو اللباس خاصة، فهو على ما نوى فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضاء. أما فيما بينه وبين الله تعالى؛ فلأنه نوى ما يحتمله لفظه، وأما في القضاء؛ فلأن عدم التصديق في القضاء لو كان، إنما يكون لمراعاة العموم، وقد سقط اعتبار العموم على ما بينا.

٤٧٤١ - ولو نوى امرأة خاصة، ذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى في شرحه: أن نيته لا تعمل، ويكون يمينه على الطعام والشراب. والنساء، وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: أنه في فصل التعليق إذا قال الرجل: كل حل عليّ حرام إن دخلت الدار، فدخلها، إن هذا على الطعام والشراب، خاصة دون ما سواهما، وإن نوى امرأته دون ما سواها، فهو كما نوى، ولم يكن على [هذا](١) الطعام ولا على الشراب. وذكر شمس الإسلام أنه يصدق ويعمل نيته، وهكذا ذكر القدوري في شرحه.

٤٧٤٢ - وإن قال: نويت بهذا الطلاق في امرأتي، فإن نيته تعمل في طلاق امرأته، ويخرج الطعام والشراب من أن يكون مراداً، حتى لو أكل أو شرب بعد ذلك، لا يحنث في يمينه؛ لأن اللفظ واحد، واللفظ الواحد لا يحتمل فيه معنيان مختلفان، ومعنى الطلاق غير معنى اليمين، فإذا عملت نيته في الطلاق، سقط اعتبار معنى اليمين أصلاً. وروى إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: أنه إذا قال: كل حل عليّ حرام، ونوى الطلاق في امرأته، واليمين في نعم الله تعالى، فهو طلاق ويمين.

٤٧٤٣ - وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا قال لامرأتين

(١) ساقط من ب.

له: أنتما عليّ حرام، ينوي الطلاق في إحداهما، واليمين أي الإيلاء في الأخرى، فهما طالقان، وهكذا روي عن محمد رحمه الله تعالى أيضًا. ووجه ذلك: أن اللفظ واحد، فلا يحتمل معنيين مختلفين، فيحمل على الأغلظ، وهو الطلاق عند عدم إمكان اعتبارهما، وكذلك إذا نوى في إحداهما ثلاث تطليقات، وفي الأخرى واحدة، فهما طالقان ثلاثًا؛ لأن الحرمة بالثلاث نوع آخر غير الذي ثبت بالواحدة، فلا يجتمعان في لفظ واحد، فحمل على الأغلظ. وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الأمر كما نوى، يقع على إحداهما ثلاث تطليقات، وعلى الأخرى واحدة؛ لأن هذا اللفظ للثلاث حقيقة، وللواحدة كالمجاز؛ لأن الحرمة المطلقة تثبت بالثلاث، فصار نظير لفظة النذر إذا نوى به النذر [واليمين][1]، وهناك يكون يمينًا ونذرًا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافًا لأبي يوسف رحمه الله تعالى، كذا هنا.

٤٧٤٤- ولو قال: هذه عليّ حرام وهذه، وهو ينوي الطلاق في إحداهما، والإيلاء في الأخرى فهما طالقان؛ لأنه كلام واحد حيث قال: وهذه، ولم يقل: وهذه عليّ حرام، والكلام الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين، فحمل على الأغلظ وهو الطلاق.

٤٧٤٥- ولو قال: هذه عليّ حرام، ينوي الطلاق، وهذه عليّ حرام، ينوي الإيلاء، فهو كما نوى؛ لأنهما لفظان وكلامان، فجاز أن يراد بكل واحد منهما معنى على حدة.

٤٧٤٦- ولو قال لامرأته وأم ولده: أنتما عليّ حرام، ينوي في الحرة اليمين، وفي أم الولد الطلاق[2]، فهو يمين فيهما.

٤٧٤٧- وعن إسماعيل بن حماد عن أبي يوسف رحمه الله تعالى، في رجل قال لامرأته وجاريته: أعتقتكما، ينوي طلاق المرأة، وعتق الأمة، قال: تعتق الأمة، ولا تطلق المرأة. قال: لأن العتق أعف؛ لأنه لا يحتاج فيه إلى نية. ولو قال لثلاث نسوة: أنتن عليّ حرام، ونوى لإحداهن طلاقًا، واليمين في الأخرى، والكذب في الثالثة، طلقن جميعًا، هكذا ذكر في النوازل.

قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى في واقعاته: وهذا قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يجب أن يكون كما نوى، قياسًا على المسألة

(١) أثبت من ب، ظ، م.

(٢) هكذا في ب و ف و م، وكان في الأصل و ظ: في الحرة الطلاق واليمين، وفي أم الولد اليمين والطلاق ... إلخ.

المتقدمة.

4748- ولو قال لها: أنت علي حرام، قال ذلك مرتين، ونوى بالمرة الأولى الطلاق، وبالمرة الثانية اليمين، فهو على ما نوى بالإجماع؛ لأن اللفظ مختلف، فقد مرّ جنس هذا إذا قال: حلال الله عليّ حرام، أو قال: حلال يزد بر من حرام، أو قال: حلال خدا بر من حرام إن فعلت كذا، أو قال: حلال المسلمين، فهذا كله طلاق بائن؛ لأن الناس في بلادنا تعارفوا هذا طلاقاً، فصار بحكم العرف كالصريح في هذا الباب، فلا يحتاج فيه إلى النية [أو يقال:][1]، فلا يصدق في ترك النية، فبعد ذلك ينظر إن كانت له امرأة وقت الحلف، طلقت واحدة بائنة، وإن لم تكن له امرأة وقت الحلف، كان يميناً؛ لأنه تعذر صرفه إلى المرأة، فيجعل يميناً؛ لأن تحريم الحلال يمين حتى إن من قال لغيره: حرامست با تو سخن كفتن، كان يميناً، حتى لو كلمه تلزمه الكفارة، فكذا هنا يكون يميناً، وتلزمه الكفارة إذا حنث، هكذا ذكر الصدر الشهيد في واقعاته، وبه كان يفتي القاضي الإمام شمس الإسلام الأوزجندي.

4749- وكان الفقيه أبو جعفر يقول: إذا لم تكن له امرأة وقت اليمين، وتزوج امرأة تطلق، ويصير تقدير كلامه: كل امرأة أتزوجها فهي طالق. وكان نجم الدين النسفي رحمه الله تعالى يقول: إذا لم تكن له امرأة وقت اليمين؛ بطل الكلام، ولا يجعل هذا يميناً؛ لأن هذا الكلام لا يصلح إلا للطلاق بحكم العرف، فصار تقدير كلامه: كل امرأة لي طالق إن فعلت كذا، وليست له امرأة، وهناك لا تنعقد اليمين، ثم على قول من يقول بأنه يكون يميناً إذا لم تكن له امرأة وقت هذه المقالة، إذا عنى التعليق حتى يصير تقدير كلامه: إن تزوجت فهي طالق إن فعلت كذا، هل يصدق في ذلك، وهل تصح نيته؟ قال: ينبغي أن تصح، وهكذا حكي فتوى شمس الإسلام، ويأتي من هذا الجنس في فصل المتفرقات.

4750- ولو قال: حلال الله عليّ حرام، وكذلك في أخواته، وله أربع نسوة، وقعت على كل واحدة تطليقة، هكذا عن الفقيه الإمام أبي بكر البلخي رحمه الله تعالى، وحكي عن الإمام أبي الحسن الرستغفني رحمه الله تعالى أنه كان يقول فيمن قال: حلال المسلمين عليّ حرام [ونوى الطلاق][2]، وله امرأتان، أنه يقع على كل واحدة تطليقة.

4751- وفي «فتاوى أئمة بخارى» فيمن قال: حلال الله عليّ حرام، وله امرأتان، قال محمد بن الفضل رحمه الله تعالى: إن لم يكن له نية طلقتا جميعاً، وإن نوى أن تطلق

---

(1) أثبت من «ب» و«ف».

(2) أثبت من النسخ التي اعتمدنا عليها.

بأحداهما يُدين فيما بينه وبين الله تعالى، ولا يُدين في القضاء. وحكى فتوى القاضي الإمام شمس الإسلام الأوزجندي، والشيخ الإمام محمود بن [علي][1] الحسن الكشاني[2]. أنه يقع الطلاق على واحدة منها، والبيان إلى الزوج. وهو الأظهر والأشبه؛ وهذا لأن قوله: حلال الله عليّ حرام، بمنزلة قوله: امرأتي طالق عرفاً، وبهذا وقع الطلاق من غير نيّة، وفي قوله: امرأتي طالق، يقع الطلاق على واحدة منهنّ والبيان إليه، كذا ههنا.

٤٧٥٢ - إذا قال: هر چه بدست راست گيرم بر من حرام، فهذا طلاق بائن بحكم العرف، وقوله: هر چه بدست راست گرفته ام، نظير قوله: هر چه بدست گيرم، وسيأتي في فصل المتفرّقات بخلافه. ولو قال: هر چه بدست چپ گيرم، أو قال: گرفته ام، لا يكون طلاقاً؛ لانعدام العرف. ولو قال: هر چه بدست گيرم، فقد قيل: يجب أن يكون طلاقاً؛ لأن اليد اسم جنس، وقيل: لا يكون طلاقاً؛ لانعدام العرف.

٤٧٥٣ - سئل نجم الدين النسفي عن رجل خلع امرأته، ثم تزوّجها بعد ذلك، ثم قال لها [بعد ذلك:][3] تو بر من حرامي بدين خلع؟ قال: تحرم؛ لأنه أخبر أنها حرام عليه الآن بذلك الخلع، وإنما يكون حراماً عليه بذلك الخلع إذا كان ذلك طلاقاً ثلاثاً، حتى لا يصح هذا النكاح، فيكون مقرّاً على نفسه بالتطليقات الثلاث، وإقراره على نفسه صحيح. قيل له: ماذا يجب لها بحكم هذا النكاح المسمّى في هذا النكاح، أو مهر المثل؟ قال: المسمّى في هذا النكاح؛ لأنه لم يصدّق عليها في حق فساد النكاح، أو فساد التسمية؛ لأن ذلك حق المرأة، فصحّت التسمية في نفسها، وحرمت عليه بإقراره الآن[4] بالحرمة.

٤٧٥٤ - إذا قال لامرأته: أنت عليّ حرام ألف مرّة، يقع واحدة؛ لأن معنى قوله[5]: مرّة بعد مرّة. سئل الشيخ الإمام نجم الدين عن امرأة قالت لزوجها: حلال خدا بر تو حرام، قال: أري اين زنه بروى حرام شود ديك طلاق؟ قال: شود؛ لأن قوله: أري، يتضمّن إعادة كلامها، فصار كأن الزوج قال: حلال خدا بر من حرام، وهو تطليق [في عرفنا من غير

(١) أثبت من م.

(٢) هكذا في ظ و م، وكان في الأصل و ب: الكشاني.

(٣) أثبت من م.

(٤) وفي ب و م: إلا أن.

(٥) وفي جميع النسخ التي عندنا: كلامه.

نية[1]. ثم في قوله: حلال الله وأجناسه، إذا وقع الطلاق من غير نية، كان الواقع به بائناً؛ لأنه ليس بصريح وضعاً، بل أُلحق بالصريح في عدم اشتراط النية بحكم العرف، فيبقى فيما وراءه غير صريح. ويجوز أن يكون اللفظ صريحاً في حق حكم كناية [لا][2] في حق حكم آخر. كقوله: اعتدي، واستبرئي رحمك، أنت واحدة، فإن هذه الألفاظ في حكم الصريح على معنى أن الواقع بها رجعي، ولا يقع بها أكثر من واحدة، وهي في معنى الكنايات لافتقارها إلى النية أو دلالة الحال.

وحكي عن شيخ الإسلام الإسبيجابي رحمه الله تعالى أنه كان يقول في جنس هذه المسائل: ينبغي للمفتي أن ينظر في سؤال السائل، إن كان سأل أني قلت كذا، هل يكون طلاقاً؟ يكتب في الجواب: نعم إن نوى الطلاق؛ لأنه سأل عن كونه طلاقاً أو غير طلاق، فقد [illegible] عن كونه غير طلاق، وإن كان سأل أني قد قلت كذا، كم يقع من الطلاق؟ يكتب في الجواب: أنه يقع واحدة، ولا يتعرض للنية، وإنه حسن.

٤٧٥٥ - وفي «واقعات الناطفي»: إذا قال لها: أنت معي في الحرام، فهو كقوله: أنت عليّ حرام؛ لأنها إذا حرمت عليه يحرم هو عليها، فتكون معه في الحرام. إذا قال لها: أنت مني حرام. والحرام عنده طلاق، ولكن لم ينو الطلاق، فهي طالق على قول من لم يشترط نية الطلاق في هذا اللفظ؛ لأنه لما كان الحرام تضمنه الطلاق، كان ذكره وذكر الطلاق سواء كما تصح إضافة التحريم إلى المرأة، تصح إضافته إلى الرجل، بأن يقول الرجل: أنا عليك حرام، أو حرّمتُ نفسي عليك، غير أن إضافة التحريم إلى المرأة صحيحة من غير ذكر الزوج، حتى لو قال لها: حرّمتك ونوى الطلاق، يقع الطلاق وإن لم يقل: حرّمتك على نفسي، وإضافة التحريم إلى الزوج لا تصح من غير ذكر المرأة، حتى لو قال: حرّمت نفسي، أو قال: أنا حرام، ولم يقل: عليك ونوى الطلاق، لا يقع. وكذلك تصح إضافة البينونة إلى الرجل، كما تصح إضافتها إلى المرأة، غير أن إضافة البينونة إلى المرأة صحيحة من غير ذكر الرجل، حتى إن الرجل إذا قال للمرأة: أنت بائن ولم يقل: مني، يقع الطلاق إذا نوى، ولو قال: أنا بائن ولم يقل: منك، لا يقع الطلاق وإن نوى.

والفرق: أن وصف المرأة تختص[3] بهذا الزوج؛ لأن المرأة لا يحل لها إلا زوج واحد،

---

(1) هكذا في «ب» و«ف» و«م»، وكان في الأصل و«ظ»: «في غير عرفنا».

(2) هكذا في «م».

(3) هكذا في «ظ» و«م» و«ب»، وكان في الأصل: «مختص».

وإذا قال لها: أنت بنتي، فحسب أنه أراد قطع الوصلة التي بينها وبينه، فقد وضع البنوة في محلها فيلغو، فإن وصلة الزوج لا تختص بهذه المرأة، لأن الرجل يحل له أربع نسوة، فإذا[1] قال: أنا بائن، لا يعلم أنه أراد به قطع الوصلة التي بينه وبين هذه، أو بينه وبين امرأة أخرى، فلهذا لا يقع ما لم يقل: أنا منك بائن.

٢٧٥٦ - وإذا قال لها: أنت علي كمتاع فلان ينوي الطلاق أو الإيلاء، فهذا ليس بشيء. ولو قال لها: أنت علي كالخمر والخنزير، فهذا وما لو قال لها: أنت علي حرام، سواء على التفصيل الذي قلنا. والحاصل أن التشبيه إذا حصل بما هو محرم العين كالخمر والخنزير والميتة، فالحكم فيه كالحكم في قوله: أنت علي حرام، إلا أن في قوله: أنت علي حرام، إذا لم ينو شيئاً كان يميناً بلا خلاف بين المشايخ، وههنا إذا لم ينو شيئاً فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، أنه هل يكون يميناً أم لا؟ امرأة قالت لزوجها: أنا عليك حرام[2] أو حلال لك، فقال: أنت علي مثل ذا، أنت علي جميع أهل مصر، أو قال بالفارسية: مرا چنانی كه همه شهر را، وقال: تا من چنانی كه همه شهر، فهي طالق إذا نوى الطلاق. وسئل نجم الدين رحمه الله تعالى عمن قال: إن فعلت كذا، فحلال الله علي حرام، فقال: عنيت به جميع الإيمان؟ فقال: طلقت امرأته.

نوع آخر في قوله: [أنت][3] خلية وأشباهها

٢٧٥٧ - إذا قال لها: أنت خلية، أو قال: برية، أو قال: بتة، أو قال: بائنة، وقال: لم أنو به الطلاق، فالأصل في جميع ألفاظ الكنايات أن لا يقع الطلاق بها إلا بالنية، وإذا قال الزوج: لم أنو به الطلاق، فالمسألة على وجوه: إما إن قال ذلك في حالة الرضا، أو في حالة الغضب، أو في حالة مذاكرة الطلاق، بأن سألت طلاقها، أو سأل غيرها طلاقها.

ففي حالة الرضا يصدق الزوج في قوله: لم أنو به الطلاق في الألفاظ كلها قضاء وديانة. وفي حالة مذاكرة الطلاق لا يصدق الزوج في قوله: لم أنو به الطلاق في كل لفظ يصلح جواباً، ولا يصلح رداً قضاء[4]، ويصدق ديانة. وذلك قوله: أنت خلية، أنت برية، بتة،

(1) هكذا في النسخ التي عندنا، وكذا في الأصل: فإذا.

(2) وفي م و ف: أنا حرام عليك.

(3) أثبت من [illegible] و ف و م.

(4) هكذا في [illegible]، وكذا في الأصل، ولا يصلح رداً يصدق قضاء.

بائن ، حرام ؛ لأن هذه الألفاظ لما خرجت عقيب سؤال الطلاق ، وإنها صالحة للجواب ، فالظاهر أنه أريد بها الجواب ، فإذا قال : لم أنو بها الجواب ، فقد ادّعى أمراً بخلاف الظاهر ، فلا يصدّق القاضي بأن[1] أنها صالحة للجواب ؛ لأن الصالح للجواب عن سؤال الطلاق كل لفظ به إيجاب نفس الطلاق[2] ، أو إيجاب حكمه ؛ لأنها تطلب بالطلاق حكمها.

إذا ثبت هذا فنقول : في هذه الألفاظ إيجاب حكم الطلاق ، وهو ما ثبت بالطلاق من غير فعل فاعل مختار ، والبينونة ، والحرمة ، والخلق عن النكاح [والبراءة عن النكاح][3] يثبت بنفس الطلاق من غير فعل فاعل مختار ، فكانت هذه الألفاظ صالحة للجواب من هذا الوجه ، بخلاف قوله : اغربي ، اذهبي ، اخرجي ، تقنّعي ، تستري ، تخمّري ؛ لأنه ليس في هذه الألفاظ تنصيص على حكم الطلاق ؛ لأن الذهاب ، والتقنّع ، والتستّر ، والتغرّب كلها أفعال اختيارية ، لا أحكام شرعية ، فلم يوجد الإجابة لا في عين الطلاق ، ولا في حكمه.

وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى : أنه ألحقَ قوله : خلّيت سبيلك ، لا سبيل لي عليك ، [لا ملك لي عليك][4] ، الحقي بأهلك ، فارقتك ، سرّحتك ، بقوله : خلية ، برية وأشباههما ، فقال : لا يصدّق الزوج في القضاء إذا قال الزوج : لم أنو بها الطلاق في حال مذاكرة الطلاق ؛ لأنها صالحة للجواب ، فيجعل جواباً بدلالة الحال.

٤٧٥٨ - وأما في حالة الغضب : فكل ما يصلح للشتم[5] ، ويصلح للطلاق الذي يدلّ عليه الغضب ، يجعل طلاقاً ، ولا يصدّق الزوج في قوله ولم أنو به الطلاق . وما يصلح رداً ويصلح جواباً نحو قوله : اغربي ، اخرجي ، لا يجعل طلاقاً ، وصلاحية هذه الألفاظ للرد ، أن يريد الزوج بقوله : اخرجي ، اتركي سؤال الطلاق ، ولما احتمل هذا الرد والإجابة ، ثبت الأدنى منهما ، والرد أدنى ، والإجابة أعلى ، فلا تثبت الإجابة بالشك . وما يصلح[6] أن يكون جواباً ، ويصلح شتيمة نحو قوله : خلية ، برية ، بتة ، بائن ، حرام ، لا يجعل طلاقاً إذا قال : لم

---

(١) هكذا في م ، وكان في الأصل و ط : بيانه

(٢) وفي ب و م : إيجاب حكم الطلاق ؛ لأن حكم الطلاق ما يجب بالطلاق ... إلخ.

(٣) أثبت من ط و ب .

(٤) أثبت من ط .

(٥) هكذا في النسخ التي عندنا ، وكان في الأصل : كل ما لا يصلح جواباً للشتم .

(٦) وفي م : وما لا يصلح ، وهو خطأ.

أنو به الطلاق، وصلاحية هذه الألفاظ للشتم، أن يريد الزوج بقوله : خلية الخلية عن الخيرات، ويريد بقوله : برية البرية عن الطاعات والمحامد، ويريد بالبتة والبائن البتة والبائن عن كل رشد، وإذا احتمل الشتم والطلاق ثبت أدناهما، وحالة المذابحة كما يدل على الطلاق، يدل على الشتم، ثبت أدناهما، وهو الشتم.

٤٧٥٩ - وإن نوى في الخلية، والبرية، والبتة، والبائن، والحرام، ثلاثًا أو واحدة بائنة، فهو على ما نوى، أما في البائن والحرام؛ فلأن البينونة نوعان : غليظة لا تحتمل الوصل، وخفيفة تحتمل الوصل، وكذا الحرمة، ولكل نوع مقتضى، فمقتضى الخفيفة طلقة واحدة، ومقتضى الغليظة الثلاث، فعند عدم النية ثبت المتيقن وهو الخفيفة، وإذا نوى الغليظة تثبت الغليظة؛ لأنه نوى نوعي الحرمة، وأحد نوعي البينونة، وكذلك في الخلية، والبرية، والبتة؛ لأن هذه الألفاظ تنبئ عن البينونة، والبينونة نوعان على ما مرّ.

٤٧٦٠ - وأما قوله : اعتدّي، لا يكون الواقع به إلا واحدة رجعية؛ لأنه أمر بالاعتداد، وليس فيه ما ينبئ عن الطلاق؛ لأن الأمر بالاعتداد لما كان لا يصلح إلا بعد سابقة الطلاق، اقتضى طلاقًا سابقًا؛ [ليصح الأمر بالاعتداد، والمقتضى ثابت بطريق الضرورة، والضرورة ترتفع[1] بأصله، فلا يظهر سبق الطلاق في حق صحة نية الثلاث فيه][2]، وفي قوله : اخرجي، اذهبي، اعزبي، تقنعي، تخمّري، استبرئي تصح نية الثلاث؛ لأن هذه الألفاظ تنبئ عن البينونة، وإنها نوعان على ما مرّ.

٤٧٦١ - وإذا قال لها : وهبتك لأهلك [لا يصدّق الزوج في قوله : لم أنو به الطلاق، في كل لفظ يصلح جوابًا، ولا يصلح ردًا قضاء، ويصدّق ديانة، وذلك قوله : أنت خلية، فهو][3] من جملة الكنايات، لا يقع الطلاق فيه إلا بالنية؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه؛ لأن الهبة تقتضي زوال الملك، ويستوي إن قبلوها أو لم يقبلوها؛ لأن القبول في الهبة إنما يحتاج إليه الدخول الموهوب في ملك الموهوب له، والثابت هنا إزالة الملك، فلا يحتاج إلى القبول.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه إذا قال لها : وهبتك لأهلك، أو لأبيك، أو لأمك، أو للأزواج، فهي طالق إذا نوى؛ لأن المرأة ترد على هؤلاء بالطلاق، فيملكها الزوج بعد الطلاق، فكان الطلاق من مدلولات هذا اللفظ. ولو قال : وهبتك لأخيك، أو لأختك،

---

(١) وفي ف، ز، م : والضرورة يقع بأصله.

(٢) أثبت من النسخ التي عندنا، وكان في الأصل : ليصلح بالاعتداد فيه.

(٣) أثبت من ظ.

أو ما أشبه ذلك، فليس بطلاق وإن نوى، لأن المرأة بالطلاق لا ترد على هؤلاء، فلا يكون الطلاق من مدلولات هذا. ولو قال لها: [وهبت][1] نفسك منك، فهو من جملة الكنايات، إن نوى به الطلاق يقع، وما لا فلا. ولو قال لها: أبحتك، لا يقع وإن نوى.

٤٧٦١ - وإذا قال لها: چهار راه برتو گشاده است، لا يقع الطلاق وإن نوى، ما لم يقل: خذي أيها شئت [عند أكثر المشايخ، وإنه منقول عن محمد، وإذا قال لها: چهار راه بر تو گشادم، يقع الطلاق إذا نوى، وإن لم يقل: خذي أيها شئت][2]، لأن في الوجه الأول أخبر عن كون الطرق مفتوحة عليها، وهي كذلك، فإذا قال: خذي أيها شئت، فكأنه قال: اذهبي، ونوى الطلاق. وفي الوجه الثاني أخبر عن فتح الطريق عليها، وذلك قد يكون [بالإذن، وقد يكون][3] برفع النكاح بالطلاق، فإذا نوى رفع النكاح فقد عين[4] الطلاق.

٤٧٦٢ - ولو قال لها: اذهبي فتزوجي، لا يقع الطلاق إلا بالنية، وإذا نوى واحدة فهي واحدة بائنة، وإذا نوى الثلاث فهي ثلاث. وإذا قالت لزوجها: طلقني، فقال: لا أفعل، فقالت: إن لم تطلقني أذهب فأتزوج، فقال الزوج: شوى كن خواهى يكى، خواهى دو، خواهى سه، لا يقع الطلاق.

٤٧٦٤ - في "واقعات الصدر الشهيد": ولو قال لها: اذهبي تقنعي الثوب، أو قال: اذهبي فتقنعي، أو ما أشبه ذلك، وأراد بقوله: اذهبي الطلاق، لا تطلق. وفي "مجموع النوازل": دست از من بردار، فقال لها: اذهبي إلى جهنم، ونوى الطلاق يقع. [سئل الشيخ نجم الدين عمن قال لامرأته: دادمت يك طلاق، سر خويش گير، و روزى خويش طلب كن، قال: الطلاق الأول رجعي، فإن لم ينو بقوله: سر خويش گير طلاقًا آخر بقي الأول رجعيًا، ولا يقع بهذا القول شيء، وإن نوى به الطلاق كان طلاقًا بائنًا، ويصير الأول مع الثانية بائنين. امرأة قالت لزوجها: مرا چنين گيران خريده اى بعيبهم بازده، فقال الزوج: باز دادم ونوى الطلاق، قال الشيخ أبو الحسن الشمني رحمه الله: لا تطلق][5].

---

(١) هكذا في ف، ظ، م، و، ت، وكان في الأصل و"ب": وهبتك.

(٢) أثبت من النسخ التي في متناول أيدينا.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ، م، وف.

(٤) وفي م: عين مكان عين.

(٥) أثبت من م، ولكن في "التتارخانية" هذه العبارة منقولة عن "مجموع النوازل".

نوع آخر في قوله: بهشتم، وما يتصل به:

الأصل في هذا النوع من الألفاظ أن يقال: كل لفظ في الفارسية يستعمل في الطلاق، ولا يستعمل في غيره فهو كصريح الطلاق بالعربية، وإن كانت اللفظة مستعملة في الطلاق وغيره، فهو بمنزلة كنايات العربية.

٤٧٦٥ - إذا ثبت هذا، فنقول: إذا قال الرجل لامرأته: بهشتم ترا از زني، فاعلم بأن هذه اللفظة يستعملها أهل خراسان وأهل عراق في الطلاق، وإنه صريح عند أبي يوسف رحمه الله تعالى، حتى كان الواقع به رجعيًا، ويقع بدون النية؛ لأن الناس تعارفوا إيقاع الطلاق بالفارسية بهذا اللفظ، فالتحق بصريح الطلاق بالعربية، فكان الواقع به رجعيًا.

٤٧٦٦ - وإذا قال: بهشتم ترا، ولم يقل: از زني، فإن قال في حالة الغضب ومذاكرة الطلاق، فواحدة يملك الرجعة، إذ ليس لهذه اللفظة اختصاص بالنكاح، فلا يحمل عليه إلا بقرينة أو دلالة حالية، أو نية، فإذا وجد شيء من ذلك لا يصدق في صرفه إلى غير الطلاق، وإن نوى بائنًا أو ثلاثًا، فهو كما نوى. وقول محمد رحمه الله تعالى في هذا كقول أبي يوسف رحمه الله تعالى.

وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: روايتان، وفي رواية الحسن: يقع الطلاق بلا نية، ويكون رجعيًا، وبه أخذ الفقيه محمد بن إبراهيم الميداني رحمه الله تعالى. وفي رواية ابن رستم: لا يقع الطلاق إلا بالنية، ويكون بائنًا، وبه أخذ الفقيه أبو نصر أحمد بن سهل رحمه الله تعالى؛ لأن هذا تفسير قوله: خليتك. وذكر القدوري في شرحه وقال: قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى في فارسي، قال لامرأته: بهشتم ترا [أو بهشتم][1] از زني: إنه لا يكون طلاقًا إلا بالنية، وإنه يوافق رواية ابن رستم، ثم قال: فإن نوى الطلاق، ولم ينو البينونة ولا عددًا، فهي واحدة يملك الرجعة، وإن نوى ثلاثًا فثلاث، وإن نوى بائنًا كان بائنًا.

قال القدوري: فصارت هذه اللفظة ملحقة بكنايات العربية من حيث اعتبار أصل النية، وصحة نية الثلاث، ولم يلحقه في حق صفة البينونة إذا لم ينو البينونة، وهذا لأن هذه اللفظة كما تحتمل الطلاق تحتمل غيره، فلا بد من اعتبار النية، فإذا نوى [الطلاق، كان صريحًا وتقع واحدة رجعية، وإذا نوى][2] البينونة أو الثلاث فقد جعل هذا اللفظ تفسيرًا للتخلية، ونية الثلاث والبينونة في التخلية صحيحة، فكذا في هذه اللفظة. أما إذا لم ينو البينونة أو الثلاث

(١) هكذا في "م" و"ف".

(٢) أثبت من جميع النسخ في متناول أيدينا.

فلم تجعل هذه اللفظة تفسيراً للتخلية، فبقيت صريحاً، فتقع واحدة رجعية، أو يقال: عند عدم [النية][1] البينونة[2] والثلاث يحتمل أنه جعله تفسيراً [للتخلية، ويحتمل أنه جعله تفسيراً][3] للصريح، فلا تقع البينونة والثلاث بالشك والاحتمال.

قال القدوري رحمه الله تعالى: رأيت المغايرة بين العربية والفارسية من وجه آخر، فقال: لو قال في حال مذاكرة الطلاق [بالعربية: خليتك، أنه يكون طلاقاً، ويتعين بدلالة الحال، ولو قال بالفارسية في حال مذاكرة الطلاق، أو[4] في حالة الغضب: بهشتم، لا يقع شيء حتى ينوي؛ لأن هذه اللفظة وإن أقيمت مقام لفظة التخلية، إلا أنها تستعمل لا للتخلية [فكانت أضعف من لفظ التخلية][5]، فلا تؤثر فيها دلالة الحال.

٤٧٦٧- ولو قال: دست باز داشتم ترا، ففيه اختلاف الشيخين، ولكن على عكس ما ذكرنا في قوله: بهشتم، ولو قال: پای كشاده كردم ترا، يقع الطلاق بلا نية، ويكون رجعياً باتفاق الشيخين، ولو قال: چنگ باز داشتم ترا، فهو نظير قوله: دست باز داشتم ترا، ومن المتأخرين من مشايخ بخارا رحمهم الله تعالى من جعل الثلاث الأول تفسيراً لقوله: طلقت عرفاء، حتى يقع الطلاق بلا نية، وجعل الرابع والخامس تفسيراً لقوله: خليت سبيلك، حتى لا يقع الطلاق إلا بالنية، ويكون الواقع بائناً. وكان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله تعالى يفتي في قوله: بهشتم بالوقوع بلا نية، ويكون الواقع رجعياً، ويفتي فيما سواها في اشتراط النية، ويكون الواقع بائناً.

٤٧٦٨- وعن شمس الإسلام الأوزجندي رحمه الله تعالى كان يقول: صريح الطلاق في ديارنا: طلقتك، طلاق دادم ترا، پای كشاده كردمت، وفي بلاد عراق: بهشتمت. وفي فتاوى الفضلي: إذا قال: بيك طلاق دست [باز داشتمت، فهي واحدة بائنة، ولو قال: بيك طلاق دست باز داشتم ترا][6]، فهي واحدة رجعية، وكذا إذا قال: رها كردمت، أو يكه

---

(١) أثبت من ب و ف.

(٢) وفي م: أو مكان واو.

(٣) أثبت من ظ و م.

(٤) أثبت من جميع النسخ التي في متناول أيدينا.

(٥) أثبت من الأصل والمرقمة.

(٦) أثبت من ظ.

الطلاق به، فقد نوى ما لا يحتمله لفظه، أما قوله: لست لي بامرأة، وما أنا بزوجك، فكما يحتمل نفي النكاح من الأصل، يحتمل نفيه للحال بالقطع، أي لست لي بامرأة، لأني طلقتك، ألا ترى أنه لو صرح به يصح، فإذا نوى به الطلاق فقد نوى ما يحتمله لفظه

٤٧٧٢- ولو قال: لا نكاح بيني وبينك، ذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالى في واقعاته: أنه إذا نوى الطلاق يقع، ولم يحك خلافًا، قال: وينبغي أن يكون هذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، بناء على ما إذا قال: لست لي بامرأة، ونوى به الطلاق، وعلى هذا إذا قال: ليس بيني وبينك نكاح، ونوى به الطلاق، ولو قال: لم يبق بيني وبينك نكاح(١)، ونوى به الطلاق لا يقع.

٤٧٧٣- ولو قالت لزوجها: لست لي بزوج، فقال الزوج: صدقت، قال الفقيه أبو نصر رحمه الله تعالى: أخاف أن يقع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، كما في قوله: ما أنا بزوجك، ونوى به الطلاق. ولو قال: والله ما أنت لي بامرأة، أو قال: علي حجة إن كانت لي امرأة، لم يكن طلاقًا بلا خلاف وإن نوى، هكذا ذكر القدوري في كتابه؛ لأنه لما [قرن](٢) به القسم، واليمين لتأكيد الخبر، علمنا أنه أراد به الماضي [إذ الخبر إنما يقع عن الماضي، وإذا أراد به الماضي](٣) كان كاذبًا(٤)، أما بدون اليمين فيحتمل معنى الإنشاء، فيقع به الطلاق إذا نوى عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، ومن مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: هذه المسألة على الخلاف أيضًا.

٤٧٧٤- وذكر الناطفي في طلاق الهداية: إذا قال: ما لي امرأة، ونوى الطلاق، لا يكون طلاقًا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى [ولو قال: لست لي بامرأة، ولم يواجهها، لا يقع به الطلاق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى](٥)، وإن نوى. وفي هذا الموضع أيضًا: إذا قال لها: لست لي بامرأة إن دخلت الدار، ونوى الطلاق، طلقت إذا دخلت في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى. ولو قال: صرت لي غير امرأتي، ونوى به الطلاق

وبعده لو قال: لم أتزوجك لم يكن بيننا نكاح؛ لأنه أصدق، لا يصح

(١) في ب و ف: ... مكان نكاح.

(٢) هكذا في ب و ... وكذا في الأصل و ... : فرق.

(٣) أثبت من ب و ... و ف.

(٤) وفي ب و ف: كذبًا.

(٥) أثبت من ...

يكون طلاقاً ، قال الناطفي : وهو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى .

٤٧٧٥ - ولو قال لها : فسخت النكاح الذي بيني وبينك ، ينوي الطلاق ، فهو طلاق ؛ لأن الفسخ يوجب البينونة ، فقد نوى ما يوجبه لفظه ، وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى : إذا قال لها : لا حاجة لي فيك ، فليس بطلاق وإن نوى ، لأن نفي الحاجة لا ينفي الزوجية ، ولا أحكامها ، لأن النكاح يحتاج مع عدم الحاجة ، فإن الإنسان قد يتزوج بمن لا حاجة له فيها .

٤٧٧٦ - في مجموع النوازل : امرأة قالت لزوجها : أخرجني تو ام ، فقال الزوج : به فرونه زني تو ، لا يقع بهذا شيء [وإن نوى][1] . وفيه أيضاً : رجل قال لامرأته : مرا بيكانه ، لا يقع الطلاق ؛ لأن كونها أجنبية لا ينافي النكاح ، فقد نوى ما لا يحتمله لفظه . رجل قال لامرأته : برئت من طلاقك ، أو قال : برئت إليك من طلاقك ، أو قال : برئت إليك ، وإن لم ينو الطلاق لا يقع ، وإن نوى فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه ، واختار الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى أنه لا يقع . ولو قال : أنا بريء من نكاحك ، يقع الطلاق ؛ لأن البراءة عن الشيء إعراض عنه ، والإعراض عن الطلاق لا يكون طلاقاً ، فأما الإعراض عن النكاح فطلاق .

٤٧٧٧ - وفي مجموع النوازل : امرأة قالت لزوجها : أنا بريئة منك أيضاً ، فقال الزوج : أنا بريء منك أيضاً ، فقالت : انظر ما ذا تقول ؟ فقال الزوج : لم أنو به الطلاق ، قال : لا يقع الطلاق ؛ لعدم النية . وفي فتاوى شمس الإسلام الأوزجندي رحمه الله تعالى : إذا قال لها : أنا بريء من الزوجية ، يقع الطلاق من غير نية في حالة الغضب وغيره .

نوع آخر في قوله : طلاق داده گير ، وما يتصل به :

امرأة قالت لزوجها : مرا طلاق ده ، فقال الزوج : داده گير ، أو قال : داده باد ، فإن نوى الإيقاع يقع الطلاق ، وإن لم ينو الإيقاع لا يقع الطلاق ؛ لأنه يحتمل الإيقاع والوعد ، وإذا نوى الإيقاع حتى وقع الطلاق ، يقع[2] رجعياً ، ويجوز أن يشترط النية ، ويكون الواقع رجعياً ؛ وكذلك إذا قال : كرده گير أو كرده باد .

٤٧٧٨ - وإن قال : داده است وكرده است ، يقع الطلاق نوى أو لم ينو ؛ لأنه للتحقيق ، ولو قال : داده انگار أو كرده انگار ، لا يقع الطلاق وإن نوى . ولو قالت : مرا طلاق ده ، فقال

(١) ساقط من ب .

(٢) وفي م : يكون .

الزوج: كفته كير، لا يقع الطلاق وإن نوى؛ لأن قوله: كفته كير لا يحتمل الجواب، بخلاف قوله: داده كير. ولو قالت: مرا طلاق ده، فقال الزوج: باز داشته كير، يقع الطلاق إذا نوى، ويكون بائناً. ولو قالت: من بر تو طلاقم، فقال الزوج: همچنان كير، فقد ذكر في مجموع النوازل: أنها لا تطلق(1)، وفيه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى. ولو قال: همچنين، ولم يقل: كير، لا تطلق؛ لأنه ليس بتام في الجواب، والتام أن يقول: همچنان است، همچنين، همچنان كير.

٤٧٧٩ - قال لامرأته: أنت طالق، فقالت: لا أكتفي بالواحد، فقال الزوج: دو كير، فإن نوى الزوج بقوله: دو كير إيقاع الطلاق، تطلق ثلاثاً، ويكون قوله: دو كير إيقاع اثنتين ابتداء، وقد سبقها طلقة فتطلق ثلاثاً لهذا. ولو قالت: مرا بكه كن؟ أو قالت: رها كن؟ فقال الزوج: بكه كرده كير، أو رها كرده كير، فهذا على ما قلنا: إنه إن نوى الإيقاع يقع. ولو قالت: خويشتن بخريدم از تو بمهر ونفقه، فقال الزوج: فروخته كير، فقد قيل: ينبغي أن يصح الخلع، وهذا إذا أراد به التحقيق. ولو قالت: سر كند خورم بطلاق من كه فلان كار نكنى، فقال: خورده كير، حكي فتوى شمس الأئمة الأوزجندي رحمه الله تعالى أنها لا تطلق، وعلى قياس المسألة المتقدمة ينبغي أن تطلق إذا نوى التحقيق.

٤٧٨٠ - امرأة قالت لزوجها: من بيك سو وتو بيك سو، فقال الزوج: همچنين كير، لا تطلق؛ لأن هذا ليس من ألفاظ الكنايات. امرأة قالت لزوجها: بر من چرا آمدهء كه من زن تو نه ام، فقال الزوج: نى كير، لا تطلق. رجل دعا امرأته إلى الفراش فأبت، فقال لها: اخرجي من عندي، فقالت: طلقني حتى أذهب، فقال الزوج: اگر رواى تو چنين است چنين كير، ولم يقل شيئاً، أو قامت لا تطلق في أيمان مجموع النوازل.

نوع آخر في بيان حكم الكنايات:

٤٧٨١ - فنقول: الكنايات التي هي بوائن، إذا نوى بها الزوج الطلاق كان طلاقاً بائناً، وإن نوى اليمين كان يميناً؛ لأن هذه الألفاظ تحتمل إيجاب الحرمة، فصارت هذه الألفاظ بمنزلة قوله: أنت علي حرام.

٤٧٨٢ - وإن لم يكن نوى شيئاً هل يكون يميناً؟ فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى، من قال: بأنها يمين، قاس هذه الألفاظ على قوله: أنت علي حرام. ومن قال: إنها ليست

(1) هكذا في ظ، وفي بقية النسخ: تطلق.

واعتدي، والمراد بقوله: فاعتدي واعتدي، الأمر بعدة واحدة، صدق قضاء، وإن أراد به تطليقة أخرى، أو لم ينو شيئاً، فهي أخرى. قال مشايخنا: وما ذكر محمد رحمه الله تعالى من الجواب(١): أنه إذا لم ينو شيئاً، فهي طلقتان، فذلك مستقيم في قوله: أنت طالق واعتدي، تقع واحدة، غير مستقيم في قوله: فاعتدي، وينبغي أن يقع واحدة في هذه الصورة، وإليه أشار في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالى، وهو الصحيح.

٤٧٨٥ - وفي المنتقى: إذا قال لها: اعتدي يا مطلقة! وعنى بقوله: اعتدي الطلاق، فهي طالق تطليقتين، إحداهما بقوله: اعتدي، والثانية بقوله: يا مطلقة! فإن قال: نويت أنها مطلقة بما لزمها من الطلاق باعتدي، يدين فيما بينه وبين الله تعالى. ولو قال لها: بيني فقد بنت، فهي طالق واحدة إذا لم يكن ينويه يعني طلاقاً. ولو قال: حرمت نفسي عليك فاستبرئي، ونوى بهما طلاقاً، فهي واحدة بائنة؛ لأنه لا يقع على بائن. وكذلك إذا قال: نويت بقولي: حرمت نفسي واحدة، وبقوله: استبرئي ثلاثاً فهي واحدة. ولو قال: لم أنو بقولي: حرمت على نفسي شيئاً، وأردت بقولي: فاستبرئي واحدة أو ثلاثاً، فهو كما نوى.

٤٧٨٦ - ولو قال لها: أنت [طالق](٢) البتة، أو قال لها: أنت طالق بائنة، تقع تطليقة واحدة بقوله: أنت طالق، نوى الطلاق أو لم ينو. فبعد ذلك المسألة على خمسة أوجه: إن أراد بقوله: البتة أو البائن، صفة قوله: أنت طالق، أو لم ينو شيئاً، فالواقع واحدة بائنة. وإن نوى بقوله: البتة أو البائن، طلاقاً آخر، كان كما نوى وطلقت تطليقتين. ولو نوى بقوله: البتة تطليقتين سوى الأولى، طلقت تطليقتين، إحداهما بالكلام الأول، والثانية بالكلام الثاني. ولو نوى بقوله: البتة ثلاثاً، يقع ثلاث تطليقات، كما لو قال ابتداء: أنت بائن بتة. وفي المنتقى: لو قال: أنت طالق واحدة بائن، ونوى ثلاثاً فهي ثنتان: واحدة بالطلاق، وواحدة بالواحدة. ولو نوى بالبائن الثلاث فهي ثلاث - والله أعلم -.

نوع آخر في بيان تفويض الطلاق إلى المرأة أو إلى الأجنبي بقوله: أمرك بيدك، طلقي نفسك، أمرها بيدك، طلقها، وبيان أحكامه، وما يتصل به من المسائل:

٤٧٨٧ - قال القدوري رحمه الله تعالى في كتابه: إذا قال الرجل لامرأته: أمرك بيدك،

(١) وفي م: في الجواب.

(٢) هكذا في ف، و ظ، وكذا في الأصل: مطلقة.

يَنوي الطلاق ، فإن كانت تسمع فأمرها بيدها ما دامت في مجلسها ، وإن لم تسمع فأمرها بيدها إذا سمعت ، أو بلغها . والأصل في هذا : أنّ الزوج يملك إيقاع الطلاق بنفسه ، فيملك التفويض إلى غيره ، ويتوقف [عمله][1] على العلم ؛ لأنّ تفويض طلاقها إليها يتضمّن معنى التمليك ؛ لأنها فيما فوّض إليها من طلاقها عاملة لنفسها دون الزوج ، والإنسان فيما يعمل لنفسه يكون مالكًا ، ولا يكون نائبًا عن الغير ، وعمل التمليكات يقف على علم من يقع التمليك منه ، ولأجل ذلك اقتصر الجواب على المجلس كما في سائر التمليكات ، إلا أنّ هذا التمليك يفارق سائر التمليكات من حيث إنه يبقى إلى ما وراء المجلس إذا كانت غائبة ، وسائر التمليكات من حيث لا تبقى إلى ما وراء المجلس ؛ لأنّ هذا التمليك يتضمّن معنى [التعليق][2] ، فإنّ الإيقاع وإن صدر من غير الزوج ، إلا أنّ الوقوع مضاف إلى معنى من قبل الزوج ، فلا بدّ من اعتبار معنى التعليق ، والتعليق لا يتوقّف على المجلس ، فاعتبرنا معنى التعليق ، فقلنا : ببقاء الإيجاب إلى ما وراء المجلس ، إذا كانت غائبة ، واعتبر معنى التمليك ، فقلنا بالاقتصار على مجلس العلم ، عملاً بالدليلين بقدر الإمكان .

٤٧٨٨ - ولو لم يرد الزوج بالأمر باليد طلاقًا ، فليس بشيء إلا أن يكون في حالة الغضب ، أو في حالة مذاكرة الطلاق ، فلا يصدّق في الحكم ؛ وهذا لأنّ قوله : أمرك بيدك يحتمل وجوهًا شتى ، ألا ترى أنه يحتمل أمرك بيدك في الخروج والانتقال والاحتجاب وغيره ، شيء لا يبقى[3] بعض وجوهه إلا بالنيّة ، ودلالة الحال تقوم مقام النيّة . وإن ادّعت المرأة نية الطلاق ، أو أنه كان في غضب ، أو مذاكرة الطلاق ، فالقول قوله مع اليمين ، وتقبل بيّنة المرأة في إثبات حالة الغضب ، ومذاكرة الطلاق ؛ لأنها قامت على معنى يشاهده الشهود ، ولا تقبل بيّنتها في نية الطلاق ؛ لأنها قامت على ما لا يشاهده الشهود ، فلا يقبل إلا أن تقوم البيّنة على إقرار الزوج بذلك .

٤٧٨٩ - ثم الأمر باليد قد يكون مرسلاً ، وقد يكون معلّقًا بالشرط ، بأن قال : إذا قدم فلان ، فأمر امرأتي بيدها ، أو قال : بيد فلان ، فإن كان مرسلاً ، فهو على وجهين : إن كان مطلقًا غير موقّت بوقت ، فحكمه ما ذكرنا أنّ المفوض إليه إن كان يسمع ، فالأمر بيده ما دام في ذلك المجلس ، وإن لم يسمع أو كان غائبًا ، فإنما يصير الأمر بيده إذا علم ، أو يبلغه الخبر ،

(١) هكذا في "ب" و"ف" ، وكان في الأصل : عمله .

(٢) هكذا في النسخ التي في متناول أيدينا ، وكان في الأصل : التمليك .

(٣) وفي "ف" و"م" : لا يتعين .

بخلاف الظاهر. وهذا بخلاف ما ذكر في طلاق العصام، إذا قال لامرأته: أنت طالق إلى سنة، فإنها تطلق بعد مضي السنة، إلا أن ينوي الوقوع للحال؛ لأن الطلاق لا يحتمل التوقيت، فيجعل هذا إيقاعاً بعد مضي السنة، ولا كذلك الأمر باليد.

٤٧٩٤ - وإذا قال: أمرك بيدك في تطليقة(١)، فهي تطليقة رجعية؛ لأنه جعل أمرها بيدها في تطليقة، والتطليقة تعقب الرجعة بالكتاب. وفي "المنتقى": إذا قال لها: أمرك بيدك في ثلاث تطليقات، فطلقت نفسها واحدة أو ثنتين، فهي رجعية. وإذا قال لها: أمرك بيدك، فاختارت نفسها تكلموا فيه، قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى: المختار أنه يقع الطلاق؛ لأن هذا أبلغ في التفويض من جعل(٢) أمرها بيدها، وفي "البقالي" عن محمد رحمه الله تعالى: أنه لا يقع الطلاق.

٤٧٩٥ - سئل الإمام نجم الدين النسفي رحمه الله تعالى عمن قال لغيره: إن غبت عن هذه البلدة، ومضى على غيبتي ستة أشهر، فأمر امرأتي بيدك، حتى تخلعها ببقية مهرها ونفقة عدتها، فغاب فلم يحضر حتى مضى هذه المدة؟ قال: هو توكيل مطلق، حتى لا يبطل بالقيام عن المجلس؛ لأنه بيان ذكر الأمر باليد، لكن فسره بما هو توكيل، وهو أن يخلعها. وغيره من مشايخ سمرقند وبخارا أفتوا أنه تمليك، حتى يبطل بالقيام عن المجلس؛ لأنه صرح بالأمر باليد، وهو الصحيح.

٤٧٩٦ - إذا قال لها: أمر ثلاث تطليقات بيدك إن أبرأتني عن المهر، فقالت: وكلني حتى أطلق نفسي، قال لها: أنت وكيلي حتى تطلقي نفسك، إن قامت عن المجلس خرج الأمر من يدها، حتى لو طلقت نفسها [لا يقع، وإن طلقت نفسها](٣) في المجلس، إن أبرأته عن المهر أو لا يقع الطلاق، وإن لم تبرئه لا يقع؛ لأن التوكيل كان بشرط أن تبرئه عن المهر.

٤٧٩٧ - رجل جرى بينه وبين امرأته كلام، فقالت المرأة: [اللهم نجني منه، فقال الزوج: إن كنت تريدين النجاة فأمرك بيدك، وهو ينوي تطليقة واحدة، فقالت المرأة:](٤) طلقت نفسي ألفاً، فقال لها الزوج: بحوت، لم يقع عليها شيء، عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأنه فوض إليها الواحدة، وهي أتت بالثلاث، ونظيره إذا قال لغيره: خوامي تا زنت

---

(١) هكذا في "ب" و"ف"، وكان في الأصل و"ظ": أمرك بيدك في ثلاث تطليقة.

(٢) وفي "ب" و"ف": من أن يجعل أمرها.

(٣) أثبت من جميع النسخ التي اعتمدنا عليها.

(٤) أثبت من "ب" و"ف" و"ظ".

يمكث فيه شهرين فهي تطلق نفسها متى شاءت، فغاب من بخارى شهرين، وكان ذلك قبل أن يبني بها، فطلّقت المرأة نفسها، فقد قيل: بأنه لا تطلق؛ لأن الغيبة عنه قبل البناء لا يتحقق؛ لأن الغيبة إنما تتحقق من الحاضر، وقيل: الباني هو غائب عنها، فلا تتحقق الغيبة منها.

٤٨٠٨- إذا قال لامرأته: إن دخلت دار فلان فأمرك بيدك، فدخلت دار فلان، ثم طلّقت نفسها، إن طلّقت نفسها قبل أن تبرح المكان الذي هي فيه وهي بعدُ داخلة طلّقت؛ لأنها طلّقت والأمر في يدها، وإن مشت خطوتين ثم طلّقت نفسها، لا تطلق؛ لأنها طلّقت نفسها بعدما خرج الأمر عن يدها.

٤٨٠٩- رجل جعل أمر امرأته بيدها، فقالت: دست باز داشتم، ولم تقل: خويشتن را، لا تبين، ولو قالت: عنيت نفسي إن كان المجلس قائمًا صدقت؛ لأنها تملك الإنشاء، وإن تبدل المجلس لا تصدق، وإنما لم تبن في الصورة الأولى؛ لأنها لم تضف الإبانة إلى نفسها، فصار كما لو قال لها: اختاري، فقالت: اخترت، هكذا ذكر في فتاوى الفضلي. وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: ينبغي أن يصدق[1] استدلالاً بمسألة الخلع، فإنه إذا قال للمرأة: خريشتن خريدي، فقالت: خريدم، فقيل للزوج: فروختي؟ فقال: فروختم، تم الخلع، وإن لم توجد الإضافة إلى المرأة. ولا يستقيم الاستدلال بمسألة الخيار؛ لأنه ثمة لم توجد الإضافة إلى نفسها من الجانبين، حتى لو قال لها: اختاري نفسك، فقالت: اخترت، يقع الطلاق، وهنا وجد الإضافة إليها من جانب الرجل حين جعل أمرها بيدها، وذلك كان لوقوع الطلاق، وسيأتي في مسألة الخيار وتفاصيلها بعد هذا -إن شاء الله تعالى-

٤٨١٠- ولو قالت: بكنم، يسأل: ماذا بكنم؟ إن قالت: الطلاق تطلق، وإلا فلا، وإن قالت: طلاق بكنم، تطلق نوت الطلاق أو لا [وكذلك إذا قالت: أمر بكنم، تطلق نوت الطلاق أو لا][2]؛ لأن هذا اللفظ بحكم العرف تعين لإيقاع الطلاق، يقال: زن فلان أمر بكند، ويفهم فيما بين الناس أنها طلّقت نفسها.

٤٨١١- رجل جعل أمر امرأته بيدها، على أنه متى ضربها بغير جناية فهي تطلق نفسها متى شاءت، فخرجت من البيت بغير إذن الزوج فضربها، هل يصير الأمر بيدها؟ فقد قيل: لا يصير الأمر بيدها إن أوفى صداقها المعجل [وإن لم توف ذلك يصير الأمر بيدها؛ لأنه إذا

(١) وفي ب: [illegible]

(٢) أثبت من [illegible]

لم يوفها [1] المعجل] ، فلها أن تذهب إلى بيت أبيها من غير إذنه ، ولها منع نفسها لاستيفاء المعجل، فلا يكون الخروج جناية.

وكان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله تعالى يفتي بأن الأمر لا يصير في يدها من غير تفصيل ، وكان يقول : خروجها من البيت جناية مطلقًا، إذ ليس لها ولاية الخروج عن بيت الزوج بغير إذن الزوج وإن لم تستوف صداقها لأجل الصداق، فإنه يمكنها منع نفسها عنه في بيته، والأول أصح، فقد ذكر القدوري في شرحه في كتاب النكاح: وليس للزوج أن يمنعها من السفر والخروج من منزله حتى يوفيها جميع المهر. جعل أمرها بيدها حتى إنه متى ضربها بغير جناية، فهي تطلق نفسها [2]، ثم قال لها الزوج: تعنت بر ترباد، فقالت: تعنت خود بر توباد، تكلموا فيه قال بعضهم: هذا ليس بجناية منها؛ لأنها بادئة، وليست مبادئة، وعامتهم على أن هذا جناية منها وهو الأصح، إذ ليس في هذا قصاص في الشرع، حتى لا يكون الثاني جنايةً. وعلى هذا إذا قال لها: اي مادر تو [illegible]، فقالت المرأة: مادر تست، على القول الأول هذا ليس بجناية؛ لأنها بادئة، والعامة تكلموا فيما بينهم، قال بعضهم: إن كانت أم الزوج حية، فهذا ليس بجناية منها في حقه، وإن كانت أمه ميتة، فهذا جناية منها في حقه. وبعضهم قالوا: لا يصير الأمر بيدها، سواء كانت أم الزوج حية أو ميتة؛ لأن الزوج ذكر الجناية مطلقة، وما ذكر الجناية في حقه، ألا ترى أنها لو تركت الصلاة في هذه الصورة فضربها، لا يصير الأمر في يدها لما قلنا. وبعضهم قالوا: إنها جناية، سواء كانت حية أو ميتة، وإن لم تكن جناية في حقه إذا كانت أمه حية، إذ جعل أمرها بيدها على أنه متى ضربها بغير جناية، فهي تطلق نفسها، فلازمت الزوج لأجل الكسوة فضربها، صار الأمر بيدها؛ لأن هذه ليست بجناية، فإن لصاحب الحق حق الملازمة، ولو كانت تعلقت به وأخذت لحيته، فهذا منها جناية، إذ ليس ذلك لها شرعًا.

٤٨١٣ - ولو قالت له: خدايت مرگ دهاد، فهذا جناية منها، وكذلك إذا قالت له: اي خداي [illegible] كند، فهذا جناية منها. ولو قالت له: اي بدخو، فإن كان كذلك فهذا ليس بجناية، وإن لم يكن كذلك فهو جناية. ولو قال لها: لا تفعلي هكذا، فقالت: خداي مرا، إن كانت قالت ذلك في فعل هو معصية، فهذا منها جناية، وإن كانت قالت في فعل هو

(1) وفي أ، ب: لأنه إذا لم يوفها إلى ... من صداقها المعجل.

(2) أثبت من بعض النسخ التي اعتمدنا عليها.

(3) وفي ف، د، م: فهي طالق تطلق نفسها.

بل دخلت ، ولم نعتق ، فالقول قول المولى ؛ لأنه يدّعي الدخول ، ينكر ثبوت العتق ، فكان منكرا معنى إن كان مدّعيا صورة ، كذا هنا .

والجواب وهو الأصل في جنس هذه المسائل : أنه متى أمكن اعتبار المنازعة فيما وقع فيه الاختلاف صورة ، لا يعتبر المنازعة من حيث المعنى ، وفي مسألة الكفالة أمكن اعتبار المنازعة فيما وقع فيه الاختلاف من حيث الصورة ؛ لأن الاختلاف من حيث الصورة وقع في إيفاء الدَّين ، والمنازعة في إيفاء الدَّين معتبرة في الجملة ، فيكون القول قول من ينكر الإيفاء ، ألا ترى أنه لو لم يكن بالمال كفيل ، ووقع الاختلاف بين ربّ الدين وبين المديون في الإيفاء ، كان القول قول ربّ الدَّين ؟ فهو معنى قولنا : أمكن اعتبار المنازعة فيما وقع فيه الاختلاف [من حيث الصورة ، فلا يعتبر المنازعة من حيث المعنى ، لاعتبار الصورة الطالب منكر ، وفي مسألة اليمين تعذّر اعتبار المنازعة فيما وقع فيه الاختلاف][1] فيه صورة ، وهو الدخول وعدم الدخول . ألا ترى أنه لو وقعت المنازعة في الدخول وعدم الدخول ابتداء ، من غير أن يكون فيه تعليق ، لا يعتبر المنازعة أصلا ، فاعتبرنا المنازعة في المعنى ، ومن حيث المعنى المولى ينكر العتق . وتخرج على هذا مسألة " الجامع الصغير " ؛ لأن هناك تعذّر اعتبار المنازعة فيما وقع فيه الاختلاف صورة ، وهو الحج ، ألا ترى أنه لو وقع الاختلاف فيه ابتداء من غير أن يكون فيه تعليق العتق ، لا يعتبر المنازعة فيه أصلا ، فاعتبرنا المنازعة من حيث المعنى .

جئنا إلى مسألة الأمر باليد فنقول : أمكن اعتبار المنازعة فيما وقع فيه الاختلاف (صورة) ، وهو إعطاء النفقة وعدم إعطائها ، ألا ترى أنه لو وقع الاختلاف فيه ابتداء ، بأن قال الزوج للمرأة : أعطيت نفقتك ، وقالت المرأة : لم تعطني ، كان القول قول المرأة ، فقد أمكن اعتبار المنازعة [فيما وقع فيه الاختلاف صورة ، وباعتباره الصورة المرأة منكرة ، ويكون القول قولها . امرأة[2]] قالت لزوجها تريد أن أطلّق نفسي ؟ فقال الزوج : نعم ، فقالت : طلّقت نفسي ، ذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالى في باب الشين : أنها تطلّق من غير تفصيل ، وفي " فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى " : ذكر المسألة على التفصيل ، إن نوى الزوج التفويض يقع ، وإن نوى الردّ يعني طلّقي إن استطعت ، لا تطلّق ، وعلى قياس مسألة الأمان المذكور في " السير " ينبغي أن يقال : إن غيّر[3] الزوج النغمة في قوله : نعم ، بحيث يعلم أنه أراد به

---

(١) أثبت من " م " .

(٢) أثبت من جميع النسخ التي في متناول أيدينا .

(٣) وفي " م " : عني .

بالاستهزاء أو الرد، لا تطلق.

٤٨١٩ - وذكر في «طلاق الجامع» إذا قال الرجل لغيره: أمر امرأتي بيد الله وبيدك، وهو يريد الطلاق، فطلقها الرجل، وقع الطلاق؛ لأن اسم الله تعالى في مثل هذا إنما يذكر للتبرك به عند افتتاح الكلام، على هذا استعمل الناس، وقد تأيد ذلك بالكتاب، وهو قوله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول﴾[1]. ومطلق الكلام ينصرف إلى المتعارف، فيكون هذا تفويضاً للطلاق إلى من خاطبه وحده، فإذا أوقع يقع.

٤٨٢٠ - وإذا قال: أمر امرأتي بيدي وبيدك، أو قال: جعلت أمرها بيدي وبيدك، فطلقها المخاطب لم يجز طلاقه، إلا أن يجيزه الزوج؛ لأنه ما جرت العادة بذكر المتصرف نفسه ابتداء للتبرك، فلا بد وأن يجعل ذكر المتصرف على نفسه على وجه يخرج من أن يكون لغواً، وذلك بأن يحمل بأن مراده من هذا أنه لا ينفرد المخاطب على وجه الاستبداد بخلاف الفصل الأول.

٤٨٢١ - وفي «الجامع» أيضاً: إذا قال الرجل لرجل: أمر امرأتي بيدك، فطلقها الوكيل قبل أن يقوم عن المجلس، فهي واحدة بائنة، إلا أن ينوي الزوج ثلاثاً، فيكون ثلاثاً. ولو قام الرجل عن مجلسه قبل أن يطلقها، بطل الأمر؛ لأن قول الزوج طلقها عقيب قوله: أمر امرأتي بيدك، علم أنه أراد بما سبق جعل الأمر إليه في الطلاق، فكان هذا تفويض الطلاق إليه، والتفويض مقصور على المجلس. وكذا لو قال: طلقها فأمرها بيدك، كان هذا وما تقدم سواء.

٤٨٢٢ - ولو قال له: طلق امرأتي، فقد جعلت [ذلك إليك، أو قال: جعلت][2] طلاق امرأتي إليك فطلقها، فهذا والفصل الأول سواء، يريد به أنه يقتصر على المجلس. وإذا طلقها في المجلس، كان الواقع رجعياً، بخلاف الفصل الأول؛ لأن في الفصل الأول التفويض[3] حصل بقوله: أمر امرأتي بيدك، وإنه من جملة الكنايات، فيكون المفوض إليه تطليقة بائنة، والتفويض هنا حصل بقوله: طلقها وإنه صريح الطلاق، وقوله: فقد جعلت ذلك إليك إشارة إلى ما سبق ذكره، والذي سبق ذكره صريح الطلاق، فكأنه قال: جعلت إليك صريح الطلاق، وقوله: فقد جعلت ذلك معناه، ولو نص على ذلك كان المفوض إليه طلاقاً رجعياً.

(١) الأنفال: ٤١.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، والمثبت من ظ و م و ب.

(٣) وفي م: التفويض فيه.

كذا هنا

٤٨٢٣ - وفي «المنتقى»: إذا قال لغيره: طلّق امرأتي، فقد جعلت أمرها بيدك، فهذا توكيل بتطليق في المجلس وغيره، والطلاق رجعيّ. ولو قال: جعلت أمرها بيدك فطلّقها، فهذا على المجلس، والطلاق بائن. ولو قال له: طلّق امرأتي وقد جعلت أمرها بيدك، فإن طلّقها في المجلس، طلقت تطليقتين لا يملك الرجعة بعد ذلك. ولو قام عن مجلسه وطلّقها يقع واحدة رجعيّة؛ لأن قوله: طلّق امرأتي توكيل بصريح الطلاق، وقوله: قد جعلت أمرها بيدك هذا تفويض آخر ليس بحكم الأول؛ لأن حرف «الواو» لا يحتمل ذلك، وقد صار الحال حال مذاكرة الطلاق بما سبق ذكره، وهو قوله: طلّق امرأتي، فكان هذا توكيلاً بصريح الطلاق، وقوله تفويضاً للطلاق إليه، فإذا قال في المجلس: طلّقتها، صار جواباً لهما، ولا رجعة مع البينونة، فلهذا قال: وقعت تطليقتان لا يملك الرجعة. وإذا قام عن المجلس بطل التفويض وبقي التوكيل بصريح الطلاق، فيقع به واحدة رجعية، إلا أن ينوي الزوج الثلاث، فحينئذٍ يقع الثلاث؛ لأن هذا أمر بالطلاق، وإنه يحتمل الثلاث. وكذلك الجواب فيما إذا قال له: جعلت أمرها بيدك وطلّقها، جعل قوله: وطلّقها في هذه الصورة تفويض مبتدأ، حتى إذا طلّقها في المجلس تطلق اثنتين. وفيما إذا قال له: جعلت أمرها بيدك فطلّقها، لم يجعل قوله: فطلّقها مبتدأ، حتى إذا طلّقها في المجلس، تطلق[1] واحدة[2].

والفرق: أنّ حرف الفاء للتعقيب والوصل، فإذا قال: فطلّقها، فقد جعل الثاني حكماً للأول وتفسيراً له، وحكم الشيء يعقب ذلك الشيء، وقوله: فطلّقها يصلح حكماً وتفسيراً لقوله: أمر امرأتي بيدك، وقوله: أمر امرأتي بيدك يصلح علة للطلاق، ولهذا لو نص عليه يصح، وإذا كان هكذا صار كأنه قال: طلّق امرأتي؛ لأني فوّضت طلاقها إليك، ولو نص على هذا لم يكن ذلك تفويضاً مبتدأ، فهنا كذلك. وهذا المعنى لا يتأتى[3] فيما إذا ذكره بحرف الواو، فيقع على حقيقته، وحقيقته تقتضي أن يكون تفويضاً مبتدأ.

٤٨٢٤ - ولو قال له: طلّق امرأتي تأديباً، فهذا على المجلس وغيره؛ لأن هذا توكيل وليس بتمليك، إذ ليس فيه تفويض الأمر إليه، ولا جعل ذلك منوطاً بمشيئته ورأيه نصّاً أو

---

(١) أثبت من «ظ».

(٢) أثبت من «م».

(٣) وفي «م»: لا ينافي.

معنى، بل هو مطلق استعانة، وما هذا سبيله فهو توكيل، والتوكيل[1] بالإيقاع يملك الإيقاع في المجلس أو بعده، فإن طلقها في المجلس أو بعده، كانت تطليقة بائنة؛ لأن الفاء للوصل والتعقيب، وقد تتصل الصفة بالأصل، فكأن معناه فأبنها[2] بعد التطليقة، فيكون توكيلاً زائداً بإيقاع تطليقة واحدة بائنة.

٤٨٣٥ - وكذلك الجواب فيما إذا قال: أبنها فطلقها، أو قال: طلقها وأبنها، أو قال: أبنها وطلقها، فطلقها في المجلس وبعد القيام عن المجلس طلقت تطليقتين بائنتين؛ لأن العطف بحرف الواو لا يصلح بين الحكم والعلة على ما مرّ، فصار جمعاً لأمرين: أحدهما صريح، ولا تمليك في واحد منهما، بل كل واحد منهما توكيل، فلم يقتصر على المجلس، فإذا طلقها صار ممتثلاً لهما، فيقع تطليقتان، ولا يظهر حكم[3] الرجعة مع وجود الإبانة، فيما إذا قال: طلقت تطليقتين، لا يملك الرجعة بعده.

٤٨٣٦ - وإذا قال لها: أمرك بيدك يوماً، أو شهراً، أو سنة، فلها الأمر من تلك الساعة إلى استكمال المدة التي ذكر، ولا يسقط بالقيام عن المجلس ولا بشيء آخر، وهذا لما ذكرنا أن في هذا التفويض معنى التعليق، والتوقيت يلائم التعليق، فصح التوقيت من حيث إنه يتضمن التعليق، وإذا صح التوقيت صار الطلاق بيدها في هذه المدة، فلو بطل الأمر بعد ذلك بقيامها عن المجلس أو بشيء آخر، لم تكن للتأقيت حينئذ فائدة. ويكون الشهر ههنا بالأيام؛ لأن التفويض حصل في بعض الشهر، فلا يمكن اعتبار الأهلة فيه، فيعتبر الأيام بالإجماع.

٤٨٣٧ - ولو عرّف فقال: هذا اليوم، أو قال: هذا الشهر، أو قال: هذه السنة، كان لها الخيار في بقية اليوم، والشهر، والسنة، ويكون الشهر ههنا على الهلال. وروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى إذا قال لها: أمرك بيدك هذا اليوم، فهذا على اليوم كله، ولو قال: في هذا اليوم، كان على مجلسها؛ لأن في الفصل الأول جعل كل اليوم وقتاً للأمر باليد، فيعمّ الوقت، وفي الفصل الثاني جعل الأمر بيدها في جزء من اليوم؛ لأنه جعل اليوم ظرفاً، وذلك لا يقتضي التعميم، فإن الظروف قد تشتغل بجزء من الظرف، ألا ترى أنه لو قال: لله عليّ صوم عمري يلزمه صوم العمر، ولو قال: في عمري، يلزمه صوم يوم[4] من العمر، فبهذا تبيّن لك

(١) في م، ظ: والتوكيل.

(٢) هكذا في ظ، وكذا في الأصل: فأبنها.

(٣) في م: حق الرجعة.

(٤) وفي م: صوم يوم [illegible] من العمر.

في نفسه إذا لم ينوِ في نفسه ، لم يكن التأقيت مفيداً .

٤٨٣٠ - ولو قال لها : أمرك بيدك اليوم وبعد غد ، لم تدخل الليلة في ذلك ، حتى لو اختارت نفسها في الليل لا يقع ، وإن ردت الأمر في يومها بطل أمر ذلك اليوم ، وكان لها الأمر بعد غد . ولو قال لها : أمرك بيدك اليوم وغداً ، دخلت الليلة تحت الأمر . وإن ردّت الأمر في يومها ذلك لم يكن لها الأمر في غد ، هكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى المسألة في " الجامع الصغير " . وإنما لم تدخل الليلة في الفصل الأول ؛ لأن كل واحد من اليومين ذكر مقصوده منفرداً ، واليوم المنفرد لا يتبع ما بإزائه من الليل وإنما دخلت الليلة في الفصل الثاني ؛ لأنه جمع بين اليوم والغد في الفصل الثاني بحرف الجمع ، فنزل منزلة الجمع بلفظ الجمع ، فكأنه قال : يومين ؛ وهناك تدخل الليلة ، لما عرف أنّ اسم اليومين يستتبع الليلة . وإنما كان لها الأمر بعد الغد في الفصل الأول ؛ لأن في الفصل الأول الموجود[1] أمران ؛ لأن بمجيء الغد ينقطع الأمر الأول ، لما لم يدخل الليلة في الأمر ، والأمر إذا انقطع لا يعود إلا بتجديد الأمر ، فاقتضى ما ذكرنا ، وبعد الغد مقطوعاً عن اليوم أمر آخر حتى يصح العطف ، فثبت أنّ الأمر متعدد ، وإبطال أحدهما لا يكون إبطالاً للآخر ، كما لو قال لها : أمرك بيدك اليوم ، وأمرك بيدك بعد غد . بخلاف المسألة الأولى على قول من يقول ببطلان الخيار في جميع الشهر إذا قالت : اخترت زوجي ؛ لأن هناك الأمر واحد ؛ [لأن الوقت واحد][2] ، لم يتخلله وقت لا خيار فيه ، ولهذا دخلت الليالي ، وإذا كان الأمر واحداً ، فإذا بطل بالرد لا يبقى نفسه ، أما في الفصل الثاني الموجود أمر واحد ؛ لأنه جمع بين الغد واليوم بحرف الجمع ، فصار كأنه جمع بينهما بلفظ الجمع ، وهناك يكون الأمر واحداً[3] ، فههنا كذلك . فإذا أبطله في اليوم بطل في نفسه .

٤٨٣١ - وذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى : إذا قال لها : أمرك بيدك اليوم وغداً وبعد غد ، فردّت الأمر اليوم ، بطل خيارها في اليوم ، وكان لها الخيار غداً ، وكذلك إن ردّت الأمر اليوم وغداً ، فلها الخيار بعد الغد ، ثم رجع عن هذا وقال : إذا ردّت الأمر بطل خيارها كله . وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : إذا قال لها : أمرك بيدك هذه السنة واختارت نفسها ، ثم تزوّجها لم يكن لها الخيار في باقي السنة ؛ لأن الأمر واحد ، إلا أنه ممتد ، فإذا

---

(١) وفي "م" : في الموجود .

(٢) أثبت من جميع النسخ التي في أيدينا .

(٣) وفي "ب" : يكون الأمر واحداً ؛ لأنه جمع بين الغد، فها

استوفت مرة لا يبقى في نفسه . قال أبو يوسف رحمه الله تعالى [وقياس قول أبي حنيفة][1] أن يثبت لها خيار آخر، ولم يظهر لنا وجه القياس. ولو طلّقها زوجها واحدة، ولم يكن دخل بها، ثم تزوّجها في تلك السنة، فلها الخيار في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأنه لم تستوف موجب الخيار، وتطليقات ذلك الملك باقية، فيبقى موجب التخيير. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لا خيار لها؛ لأن الزوج أزال بنفسه عين ما جعل إليها إزالته، فيخرج الأمر من يدها، كالموكل في البيع إذا باع عين ما وكل ببيعه. غير أنّ هذا مشكل؛ لأن التخيير ينصرف إلى تطليقات هذا الملك، فإذا بقي شيء من تطليقات هذا الملك، يبقى [موجب][2] التخيير مراداً.

٤٨٣٢ - إذا قال لها: يوم يقدم فلان، فأمرك بيدك، فقدم فلان نهاراً، فلم تعلم به حتى جنّ الليل، فلا خيار لها. ولو قال لأجنبية: يوم أتزوّجك فأنت طالق، فتزوّجها ليلة، يحنث في يمينه. فجعل اليوم في مسألة الأمر عبارة عن بياض النهار، وفي مسألة التزويج[3] جعله عبارة عن مطلق الوقت، والفقه[4] في ذلك: أنّ اليوم لغة يستعمل لمطلق الوقت، فيحتمل الليل والنهار جميعاً، ويستعمل أيضاً في بياض النهار خاصة، والنهار لا يستعمل إلا في البياض، والليل لا يستعمل إلا في السواد، هذا هو المشهور عن أهل اللغة، غير أنّ الناس تعارفوا استعمال اليوم في مطلق الوقت إذا قرن بفعل لا يمتد، وتعارف استعمال اليوم في بياض النهار[5] إذا قرن بفعل يمتد، واستعمال الناس حجة يجب العمل بها؛ فيحمل ذكر اليوم على مطلق الوقت عند اقترانه بفعل لا يمتد، كما في مسألة النكاح؛ فإنّ التزوّج لا يمتد، ولهذا لا يضرب له مدة، ويحمل ذكر اليوم على بياض النهار، وعند اقترانه بفعل يمتد كما في الأمر باليد، فإنّ الأمر باليد مما يمتد، ولهذا يضرب له مدة [ولا يحمل ذكر اليوم على بياض النهار عند اقترانه إلى][6]، فيقال: جعل فلان أمر امرأته بيده شهراً، وأشباه ذلك، فإذا حمل على

(١) أثبت من جميع النسخ الموثوقة لنا.

(٢) هكذا في النسخ التي في عندنا، وكان في الأصل: هذا التعبير.

(٣) وفي م: للتزوج.

(٤) وفي ب و ف و م: والأصل.

(٥) وفي م و ب: لبياض النهار.

(٦) هكذا في ظ.

بياض النهار صار الأمر موقتًا ببياض النهار، فلا يبقى بعد ذهاب البياض، وإن علم به بعد ذهاب البياض، فإنما علمت به [بعد انتهائها][1]، فلهذا لا يكون لها الخيار.

٤٨٣٣ - وفي "المنتقى"[2]: إذا قال لها: إذا أهلّ الهلال فأمرك بيدك، فإن علمت أنّ الهلال قد أهلّ، ولم تختر نفسها في ذلك المجلس، خرج الأمر من يدها. وإن جاءت بعد الهلال بأيام وقالت: لم أعلم به. فإن جاءت بأمر أرى أنها فيه صادقة: حلفتها على ذلك، وقبلت قولها، والأمر بيدها، وإن جاءت بأمر أرى أنها كاذبة فيه، لم أقبل قولها.

٤٨٣٤ - وفيه أيضًا، إذا قال لها: أمرك بيدك على أن لا تأتين البصرة، أو على أن لاتخرجي من مصرك، أو ما أشبه ذلك، فهذا كله على القبول، فإذا قبلت، ثم اختارت نفسها طلقت.

٤٨٣٥ - وكذلك لو قال لها: على أن تؤدي إليّ ألف درهم، أو قال: على أن تؤدي إليّ كل يوم درهمًا، أو على أن تعمل في حاجتي، يشترط شيئًا مجهولًا، فهذا على القبول، وإذا قبلت واختارت نفسها وقع الطلاق، وردّت مهرها الذي أخذت منه، إلا في قوله: ألف درهم. ولو قال: أمرك بيدك إن لم تخرجي اليوم من منزلك فهذا يمين، ولا يحتاج إلى القبول، ويكون الأمر بيدها حتى تغرب الشمس إن لم تخرج من منزلها، فإذا غربت[3] الشمس خرج الأمر من يدها.

٤٨٣٦ - إذا قال لها: أمرك بيدك كلما شئت، فلها أن تختار نفسها كلما شاءت في ذلك المجلس وغيره، حتى تبين بثلاث؛ لأن كلمة "كلما" تقتضي تكرار الأفعال، فيتكرّر التفويض بتكرّر المشيئة، إلا أنها لا تطلّق نفسها في كل مجلس أكثر من واحدة؛ لأن كلمة "كلما" اقتضت التكرار [صار كأنه][3] قال لها في كل مجلس: أمرك بيدك، فإذا اختارت نفسها مرة، فقد استوفت موجب ذلك الأمر من التطليقة، فإنما يتجدّد لها الملك عند مشيئة مستقبلة. فإذا استوفت ثلاث تطليقات ثم عادت إليه بعد الزوج، فلا خيار لها؛ لأنها استوفت ذلك الملك لتمامه، والمفوّض إليها ذلك، إذ هو المملوك للزوج، هكذا ذكر المسألة في بعض الكتب. وفي "الجامع الصغير": ليس لها أن تطلّق نفسها ثلاثًا، بكلمة واحدة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى

---

(١) هكذا في "ف" و "م"، وكان في باقي النسخ التي عندنا: بعد إبانها.

(٢) وفي "ظ": غابت.

(٣) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: أصالة.

٤٨٤٠ - وفيه أيضاً: إذا جعل أمرها بيد صبي أو مجنون، فليس له أن يخرجه منه، ويتقيّد بالمجلس. ولو جعل أمرها بيد رجلين، فطلّقها أحدهما لم يجز؛ لأن هذا أمر يحتاج فيه إلى الرأي، وقد رضي برأيهما، والراضي برأي اثنين لا يكون راضياً برأي الواحد. وهذا بخلاف ما لو قال لهما: طلّقا امرأتي، فطلّقها أحدهما، فإنه يجوز؛ لأن هذا أمر لا يحتاج فيه إلى الرأي.

٤٨٤١ - وفي "المنتقى" الحسن بن زياد: إذا قال لامرأتين له: أمركما بيدكما، لم تطلّق واحدة منهما إلا باجتماعهما على طلاقهما. إذا جعل أمر امرأته بيدها، إن غاب عنها، أو شرب المسكر، فوجد أحد الأمرين، وطلّقت المرأة نفسها، ثم وجد الأمر الآخر، ليس لها أن تطلّق نفسها؛ لأن الأمر واحد، وإنه معلق بأحد الشرطين، لا أنه يكون معلّقاً بكل واحد من الشرطين.

٤٨٤٢ - وقعت واقعة في زماننا، أنّ رجلاً جعل أمر امرأته بيدها، على أنه متى ضربها بغير جناية منها، فهي تطلّق نفسها متى شاءت. فخاصمت المرأة إلى القاضي وقالت: إنه ضربها بغير جناية، فطلّقت نفسها، وطالبته ببقيّة المهر، وسأل القاضي الزوج لماذا ضربتها؟ فقال الزوج: بقصد ته زدم، فقالت المرأة للقاضي: إنه أقرّ بالضرب، وأقرّ بشرط صحة إيقاع الطلاق، فمره بتسليم بقيّة مهري إليّ. فجاء الزوج بعد ذلك عند القاضي، وادّعى أنه ضربها بجناية كانت منها، وأقامت على ذلك بيّنة. فاستفتوا عن صحة دعواه، فاتفقت الأجوبة على فساده لمكان التناقض. ووجه ذلك: أنّ المرأة ادّعت الضرب بغير جناية، والقاضي سأله عن ذلك؛ لأن القاضي إنما يسأل المدّعى عليه، عما يدّعيه المدّعي، فإذا أقرّ بالضرب، فقد أقرّ بالضرب بغير جناية؛ لأن كلامه خرج جواباً لسؤال القاضي، والجواب يتضمّن إعادة ما في السؤال، فيصير بدعوى الضرب بالجناية بعد ذلك متناقضاً، فلا يسمع دعواه. ويمكن أن يقال: يسمع دعواه، ولا تناقض فيه؛ لأنه ما أقرّ أولاً بالضرب بغير جناية؛ لأن القاضي لم يسأله عن الضرب بغير جناية بل سأله[1] عن الضرب مطلقاً، وسؤاله عقيب دعواها الضرب بغير جناية، لا يدل على تقييد السؤال بالضرب بغير جناية، إذ يجوز أن يسأله عن أصل الضرب، حتى إذا جحد الضرب أصلاً يأمرها بإقامة البيّنة على الضرب، ولو أقرّ بالضرب يسأله القاضي، هل كان الضرب بجناية أو كان بغير جناية؟ فلا يتقيّد السؤال عن الضرب بغير جناية بالشك، فلا يصير الزوج بما تكلّم مقرّاً بالضرب بغير جناية، فلا يتحقق التناقض في

(١) في "ب" و"م" و"ف": بل يسأله

دعواه الضرب بجناية بعد ذلك .

٤٨٤٣ - ثم إذا صار الأمر بيدها كانت على خيارها ما دامت في المجلس وإن تطاول يومًا أو أكثر ؛ لأن المجلس قد يطول وقد يقصر ، وهذا حكم موقت بالمجلس ، فلا يفترق الحال بين أن يطول المجلس أو يقصر ، وإن قامت عن مجلسها بطل الخيار ؛ لأن هذا دليل الإعراض ، والأمر باليد يبطل بصريح الإعراض ، فكذا بدليله . وكذلك إذا أخذت في عمل آخر ، يعلم أنه قطع لما كانت فيه بطل خيارها .

٤٨٤٤ - وإن كانت قائمة فقعدت ، لا يبطل خيارها ؛ لأن القعود دليل الإقبال ، لا دليل الإعراض ؛ لأن هذا أمر يحتاج فيه إلى الرأي ، والقعود أجمع للرأي بخلاف ما إذا كانت قاعدة فقامت .

٤٨٤٥ - ولو كانت قاعدة فاضطجعت أو اتكأت ، ذكر شمس الأئمة السرخسي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فيه روايتين ، وذكر عن شمس الأئمة الحلواني أنها إذا وضعت وسادة فاضطجعت ، فوضعت عليها رأسها ، فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى ، منهم من قال : لا يبطل خيارها ، ومنهم من قال : إذا هيأت الوسادة كما يفعل للنوم ، فهذا منها تهاون بالأمر وإعراض عنه ، فيبطل خيارها . ولو كانت متكئة فاستوت قاعدة ، لا يبطل خيارها . ولو كانت قاعدة فاتكأت ذكر شمس الأئمة السرخسي أن فيه روايتين ، وذكر شمس الأئمة الحلواني فيما إذا كانت قاعدة فاتكأت ، أن في ظاهر الرواية لا يبطل خيارها ، وروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : أنه يبطل . وإن ركبت بطل خيارها ، وإن نزلت عن الدابة لا يبطل خيارها ، وإن كانت محتبية فتربعت ، أو كان على العكس لا يبطل خيارها .

٤٨٤٦ - وإن كانت على دابة حين جعل الزوج أمرها بيدها ، فهو على وجوه : إن كانت الدابة واقفة حين جعل أمرها بيدها فسارت ، أو كانت سائرة فسارت كذلك ، خرج الأمر من يدها ، وإن كانت واقفة فأجابت ثم سارت ، أو كانت سائرة ، فكما سمعت التفويض أجابت في خطوتها ذلك ، وأسرعت في ذلك ، حتى سبق جوابها خطوتها ، بانت منه . وكذلك الجواب إذا كانت تمشي ، وإن سبق خطوتها جوابها لم تبن منه ، وإن كانت الدابة سائرة ، فوقفتها لا يبطل خيارها ، ولو كانت في بيت فمشت في البيت من جانب إلى جانب ، فهي على خيارها .

٤٨٤٧ - والسفينة كالبيت لا كالدابة ، وفي الحقيقة لا فرق بين السفينة وبين ظهر الدابة ، فإن المجلس قد يتبدل حقيقة ، ولكن إنما فرقنا بينهما ؛ لأن سير السفينة لا يضاف إلى راكبها ؛

لأنها لا تسير، لكن تجري بالماء والريح وهما ليسا في يد أحد، بخلاف سير الدابة فإنه يضاف إلى راكبه، يقال في العرف: فلان سار اليوم كذا فرسخاً وإن كان سار على الدابة، قال شمس الأئمة الحلواني: سواء كانا على دابتين، أو على دابة واحدة، أو كانت هي على دابة وهو يمشي، أو كانا في سفينتين، أو في سفينة واحدة، أو كانا في محملين، أو في محمل واحد، حتى لو أنهما كانا على عاتق رجل واحد، واختارت نفسها قبل [خطوتهما][1] ذلك، بانت منه.

٤٨٤٨ - إذا قال لها: أمرك بيدك، فقالت: ادعوا لي أبي أستشيره، أو قالت: ادعو شهوداً أشهدهم، فهي على خيارها؛ لأن هذا من أسباب الامتثال، ودليل رغبتها دون الإعراض، حتى إذا اختارت نفسها وقعت الفرقة، فالزوج لا يمكنها، وكذا إذا لبست ثيابها من غير قيامها عن المجلس، لا يبطل خيارها، وإن لم تجد أحداً تدعو بالشهود، فقامت بنفسها، ولم تتحول لتدعو الشهود، [هل يبطل خيارها؟ اختلف فيه المشايخ، قال بعضهم: لا يبطل خيارها][2]؛ لأنه لم يوجد منه الإعراض لا نصاً ولا دلالة، فإن هذا القيام ليس بدليل الإعراض، وقال بعضهم: يبطل خيارها؛ لأنه تبدل المجلس إذ لم يوجد منها الإعراض، وتبدل المجلس يوجب بطلان الخيار، سواء كانت معذورة أو غير معذورة، ألا ترى أن الزوج لو أخذ بيدها، وأقامها عن مجلسها بطل الخيار، وإنما بطل بسبب تبدل المجلس، ولا يوجد الإعراض منها كذا هنا.

٤٨٤٩ - وإذا ابتدأت الصلاة بعدما جعل أمرها بيدها بطل خيارها، ولو كانت في صلاة الفريضة لا يبطل خيارها بإتمام الصلاة؛ لأنها ممنوعة عن القطع، فلا تكون ممكنة من الاختيار قبل الإتمام، وإنما يثبت الإعراض بترك الاختيار بعد التمكن منه. وإن كانت في تطوع لا يبطل خيارها إذا سلمت على رأس الركعتين؛ لأنه لا يجوز لها قطع ذلك، وإن قامت إلى الشفع الآخر حينئذٍ يبطل خيارها؛ لأن كل شفع من التطوع صلاة على حدة، فصار القيام إلى الشفع الآخر بمنزلة اشتغالها بابتداء الصلاة. ثم إن محمداً رحمه الله تعالى لم يفصل في الأصل بين تطوع وتطوع، وروى ابن سماعة عن محمد في نوادره عنه: أنها إذا كانت في الأربع قبل الظهر، في الشفع الأول، فقامت إلى الشفع الثاني لا يبطل خيارها؛ لأن الأربع قبل الظهر شرعت بتحريمة واحدة، لا يجوز أداؤها بتحريمتين، فكانت هذه الأربع كركعتين في سائر الصلوات. ولو كانت في الوتر في الشفع الأول، فإنها لا يبطل خيارها. أما عند أبي حنيفة

---

[1] أثبت من ب، م.

[2] ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من م، ب.

رحمه الله تعالى؛ فلأن الوتر وجب بمنزلة المغرب، وأما عندهما فلأنه سنة مؤكدة شرعت بتحريمة واحدة، فكانت كالأربع قبل الظهر، ألا ترى أن الوتر يقضى إذا فاتت عن وقتها، بخلاف الأربع قبل الظهر.

٤٨٥٠ - ولو دعيت بطعام في مجلس الخيار، فصمت بطل خيارها قل ذلك أو كثر، ولو شربت ماء لا يبطل خيارها؛ والفرق أن مجلس الخيار مجلس التدبير، والناس لا يأكلون عادة في مجلس التدبير، بل يفردون للأكل مجلسًا، فتصير بالأكل رافضة مجلس الرأي، فكان ذلك دليل الإعراض، وأما شرب الماء في مجلس التدبير معتاد، فلا تصير بشرب الماء رافضة مجلس الرأي.

وذكر القدوري في شرحه: أن الأكل اليسير لا يبطل الخيار إذا أكلت من غير أن تدعو بطعام؛ لأن الأكل اليسير لا يدل على الإعراض، فأما إذا دعت بطعام، أو تكلمت بكلام يكون تركًا للجواب، فإن أمرت بكتابة بيع أو شراء، أو أمرت أجنبيًا بذلك، بطل خيارها؛ لأن هذه الأفعال دليل الإعراض، وإن امتشطت، أو اغتسلت، أو مكنت من زوجها، بطل خيارها. وإن سبحت، أو قرأت شيئًا قليلًا لا يبطل خيارها، ولو طال ذلك يبطل خيارها.

٤٨٥١ - وفي المنتقى: إذا قال لها: أمرك بيدك، فقالت: خذ لها على عشر سنة، ومعنى هذه واحدة، ينكرًا لما جعلت إليّ، وقد طلقت نفسي، فهو جائز، ولا يخرج الأمر من يدها بما قالت. وإذا قال لغيره: طلق امرأتي واحدة رجعية، فطلقها واحدة بائنة، أو قال له: طلقها واحدة بائنة، فطلقها واحدة رجعية، يقع طلقة واحدة على حسب ما أمره به الزوج، ذكره في الأصل.

٤٨٥٢ - في المنتقى: إذا قال لها: طلقي نفسك واحدة بائنة إن شئت، فطلقت نفسها واحدة يملك الرجعة، لم يقع عليها شيء في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وهو قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى. ولو قال لها: طلقي نفسك واحدة أملك الرجعة إن شئت، فطلقت نفسها واحدة بائنة، يقع عليها واحدة يملك الرجعة في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، ولا يقع[1] شيء في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

٤٨٥٣ - وإذا وكل رجلًا أن يطلق امرأته للسنة، وهي في الحيض؛ وكذا التوكيل في حالة الحيض أو في طهر جامعها فيه، فطلقها الوكيل في حالة الحيض، أو في ذلك الطهر، لا يقع الطلاق؛ لأنه ليس بوكيل للحال، بل وكالته مضافة إلى الطهر في الصورة الأولى،

(١) وفي جميع النسخ تقع في الموضعين: ولا يقع

وإلى الحيض والطهر في الصورة الثانية. وكذلك لو قال لها في هذه الحالة: أنت طالق للسنة، أنت طالق إذا طهرت، أو أنت طالق إذا حضت [١] لا يقع الطلاق. وإذا طهرت في الصورة الأولى، أو حاضت وطهرت في الصورة الثانية، فطلقها الوكيل بعد ذلك، يقع الطلاق؛ لأنه صار وكيلا؛ لأن الإيقاع حصل بحكم التوكيل فيصح.

٤٨٥٤ - وإذا وكل غيره بأن يطلق امرأته، ثم طلقها الزوج بنفسه قبل طلاق الوكيل، فهذا لا يكون عزلا للوكيل، ويقع طلاق الوكيل عليها ما دامت في العدة، وبعد ما انقضت العدة لا يقع طلاق الوكيل عليها، تزوجها الزوج أو لم يتزوج. وكل رجلا بطلاق امرأته، والوكيل غائب لا يعلم، فطلق الوكيل قبل العلم، لا يقع طلاقه [٢]؛ لأنه لا يصير وكيلا قبل العلم. وفي «المنتقى» عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يصير وكيلا قبل العلم، وقال أبو يوسف: ولا أحفظه عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وإذا قال لغيره: طلق امرأتي ثلاثا، فقال: فعلت، صح. وإذا قال لرجلين: طلقا امرأتي ثلاثا، فطلقها أحدهما واحدة، والآخر ثنتين، طلقت ثلاثا.

٤٨٥٥ - وفي «البقالي»: وإذا قال لغيره: طلق امرأتي ثلاثا إن شاءت، لا يصير وكيلا ما لم تشأ، ولها المشيئة في مجلس علمها، وإذا شاءت في مجلس علمها حتى صار وكيلا لو طلقها الوكيل في ذلك المجلس يقع، ولو قام من مجلسه بطل التوكيل، ولا يقع طلاقه بعد ذلك. قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى: وينبغي أن يحفظ هذه، فإن البلوى فيه تعم، فإن عامة كتب الطلاق التي يكتبها الزوج من الغربة يكون فيها: كتبت إليك هذا الكتاب، فسل امرأتي هل تشاء الطلاق؟ فإن شاءت فطلقها. ثم إن الوكلاء كثيرا ما يؤخرون الإيقاع عن مجلس مشيئتها، ولا يدرون أن الطلاق لا يقع.

٤٨٥٦ - إذا قال لغيره: أنت وكيلي في طلاقها على أني بالخيار، أو على أنها بالخيار، أو على أن فلانا بالخيار، فالوكالة جائزة، والخيار باطل. وإذا قال لغيره: طلق إحدى نسائي، فطلق واحدة منهن بعينها صح، وليس للزوج أن يصرف الطلاق إلى غيرها، وكذا إذا طلق واحدة منهن لا بعينها صح، ويكون الخيار للزوج؛ وهذا لأن إحدى كما تطلق على واحدة نكرة تطلق على واحدة بعينها، ألا ترى أنه يستقيم أن يقال: هذه من إحدى نسائه، وقد حصل التوكيل مطلقا من غير تقييد بالأخرى بالتعيين ولا بالجهالة، فيجري على إطلاقه، ويصير تقدير

(١) هكذا في ط.

(٢) أثبت من جميع النسخ التي في متناول اليد.

ثلاثة بألف درهم، وهي طاهرة من غير جماع، وقعت واحدة للحال بثلث الألف، وإذا حاضت وطهرت لا يقع عليها شيء آخر بذلك القول، إلا أن تعيد الإيقاع لما ذكرنا، فإن جددت الإيقاع بعدما طهرت في مجلس طهرها وقعت واحدة بغير شيء، وكذلك في الطهر الثالث. فإن قال الزوج: أنا رضيت بإيقاعها الثلاث بالألف، وقد أوقعت الثلاث بثلث الألف، فصارت مخالفة لا يلتفت إلى قوله، أو يقال له: إنها لم تخالف أمرك لفظًا ومعنًى، لكن امتنع وجوب بعض البدل حكمًا؛ لانعدام شرط الوجوب بالثانية والثالثة، وهو زوال الملك، لكون الملك زائلا بالتطليقة الأولى، ولكن الطلاق يعتمد شرطه ووقوعه وجود القبول لا وجود المقبول، وقد تقدم قبول صحيح، فوقعت الثانية والثالثة بغير شيء، وإنما قلنا: وامتناع وجوب بعض البدل حكمًا لانعدام شرط الوجوب لا يجعلها مخالفة، ألا ترى أنه لو آلى منها، ثم قال لها: طلقي نفسك واحدة بألف، فقالت: طلقت نفسي بألف، يقع الطلاق عليها مجانًا، وألا ترى أنه لو قال لغيره: طلّق امرأتي بخمر أو خنزير فطلّقها، يقع الطلاق بغير شيء، وألا ترى أنه لو قال لغيره: قل لامرأتي: أنت طالق ثلاثًا عند كل طهر واحدة بألف درهم، فقال الرجل لها ذلك وقبلت، وقع عليها في الطهر الأول واحدة بألف، ويقع الأخريان بغير شيء، والمعنى في الكل ما قلنا.

٤٨٦١ - إذا وقعت المشاجرة بين الرجل وامرأته، فقال الرجل: أمرنا يطول، تعالي نتصالح بيننا، فإن جرى مذاكرة الطلاق، فله أن يطلّقها، في "البقالي". وفي "فتاوى أبي الليث": أولياء المرأة إذا اجتمعوا أو طلبوا من الزوج أن يطلّقها، فطال الكلام بينهم فقال الزوج لأبيها: ماذا تريد مني؟ افعل ما تريد، وخرج ثم طلّقها أبوها في المجلس، لم تطلّق إن لم يرد به الزوج التفويض، ويكون القول قوله أنه لم يرد به التفويض؛ لأنه قد لا يراد به التفويض.

٤٨٦٢ - وفي "فتاوى أهل سمرقند": إذا قالت المرأة لزوجها في غضبها: إن كان من في ملك في يدي استنقذت نفسي، فقال الزوج: الذي في يدي في يدك، فقالت المرأة: طلّقت نفسي ثلاثًا، فقال الزوج لها: قولي مرة أخرى، فقالت: طلّقت نفسي ثلاثًا، ثم قال الزوج: لم أنو بذلك طلاقًا، طلّقت ثلاثًا، بقولها: طلّقت نفسي ثلاثًا، بعد قوله: قولي مرة أخرى، لأن هذا بمنزلة قول الزوج: قولي طلّقت نفسي ثلاثًا، ولو قال الزوج لها ذلك، فقالت: طلّقت نفسي ثلاثًا، تطلّق ثلاثًا.

٤٨٦٣ - وفي "فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى": إذا قالت المرأة لزوجها على وجه المزاح: ركبتو مسلم، فقال: مسلم، فقالت: طلّقت نفسي ثلاثًا، فقال الزوج بالفارسية

تو بر من حرام گشتی ، مارا جدا بايد شدن . ثم تفرّقا ، ثم أراد الزوج أن يراجعها ، قال في الكتاب : يسأل الزوج ، فإن نوى بالتوكيل الطلاق ، ولم ينو العدد ، طلقت واحدة رجعية ، وإن نوى بالتوكيل المفارقة ولم ينو العدد ، فهي واحدة بائنة ، ويمكن أن يقال بأنّ قول الزوج : تو بر من حرام گشتی ، دليل إرادة البينونة ، ينبغي أن يسأل ، هل نوى الثلاث ؟ فإن كان نوى الثلاث يقع الثلاث ، وإن لم ينو الثلاث ، يقع واحدة بائنة عندهما ، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى : لا يقع شيء ؛ لأنها مأمورة بإيقاع الواحدة ، وقد أوقعت الثلاث .

٤٨٦٤ - وإذا وكّل رجلا بأن يطلق امرأته ، وقال له : طلّقها[1] بين يدي أخي فلان ، فذلك مشورة وليس بشرط ، حتى لو طلّقها لا بين يديه وقع ، كما لو قال له : طلّقها بشهود ، فطلّقها بغير شهود .

٤٨٦٥ - وفي فتاوى أبي الليث : إذا قال الرجل لغيره : لا أنهاك عن [طلاق امرأتي][2] ، لا يصير وكيلا بالطلاق ، وهذا بخلاف ما لو قال لعبده : لا أنهاك عن التجارة ، حيث يصير مأذونا في التجارة ؛ لأن ترك النهي سكوت ، وبالسكوت ثبت الإذن في التجارة ، أما لا يثبت التوكيل بالطلاق .

٤٨٦٦ - وفي مجموع النوازل : امرأة قالت لزوجها : يك سخن گويم ، روا داشتي ؟ أو قالت : بگو كه گفتم ، روا داشتي ؟ فقال الزوج : داشتم ، فقالت المرأة : طلّقت نفسي ثلاثاً [لا يقع شيء][3] ، والقول قول الزوج أنه لم يرد الطلاق .

٤٨٦٧ - وسئل شمس الأئمة الأوزجندي رحمه الله تعالى عمّن قال لغيره : طلّقت امرأتك ، فقال ذلك الغير : الحكم لك ، فقال : الحكم والأمر لي ، طلّقها ؟ قال : لا تطلّق .

٤٨٦٨ - إذا وكّل الرجل رجلا أن يطلّق امرأته ، فطلّقها وهو سكران ، ينظر إن وكّله وهو سكران ، فطلّقها يقع ، وإن وكّله وهو صاح ، فطلّقها بعدما صار سكران ، لا يقع ، هكذا حكي فتوى شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى[4] ، قيل : هذا إذا كان الطلاق على مال ، أما في الطلاق بغير المال فيقع الطلاق على كل حال ؛ لأن المطلوب من التوكيل مجرّد العبارة إذا كان طلاق بغير مال ، والسكران وغيره في مجرّد العبارة على السواء .

(١) وفي م : طلقها مني .

(٢) هكذا في ب ، م ، وكان في الأصل : بالطلاق .

(٣) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل وأثبتناه من ب ، م ، ف .

(٤) وفي ف : هكذا حكي عن فتوى شمس الأئمة ... إلخ .

نوع آخر في تفويض الطلاق إليها بقوله: اختاري:

٤٨٦٩ - إذا قال لها: اختاري، وهو ينوي الطلاق، فلها الخيار ما دامت في ذلك المجلس، وإن تطاول المجلس يومًا أو أكثر، وإن نهاها الزوج. ثم إن لم ينو الطلاق بقوله: اختاري، فذاك ليس بشيء، ويقبل قول الزوج في ذلك، إلا أن يكون في حالة الغضب، أو في حالة مذاكرة الطلاق، أو يكون كرر لفظ الاختيار بأن قال: اختاري اختاري اختاري؛ لأن هذا الكلام لم يذكر على وجه التكرار إلا في حق الطلاق. فإن قامت من مجلسها قبل أن تختار شيئًا بطل خيارها.

٤٨٧٠ - واعلم بأن الخيار بمنزلة الأمر باليد في جميع ما ذكرنا من الأحكام إلا في حكم واحد، وهو صحة نية الثلاث، فإن الزوج إذا نوى بالأمر باليد الثلاث صحت نيته، وإذا نوى بالتخيير الثلاث، لا تصح نيته؛ لأن قوله: أمرك بيدك تفويض الأمر، وإنه يحتمل العموم والخصوص، فإذا ذلك نوى صحت، أما قوله: اختاري، فأمر بالفعل، وإنه لا يحتمل العموم، فلا تصح فيه نية العموم. وإن اختارت [زوجها][1]، فليس بشيء؛ روي عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنها قالت: خيرنا رسول الله ﷺ فاخترناه ولم يعد طلاقًا[2]. فإن اختارت نفسها فهي تطليقة بائنة؛ لأن هذا من جملة الكنايات.

ثم التخيير لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن يكون في كلامهما ذكر النفس أو التطليقة، أو الاختيارة، بأن قال لها: اختاري نفسك، أو قال لها: اختاري اختيارة، فقالت المرأة: اخترت نفسي، أو قالت: اخترت تطليقة، أو قالت: اخترت اختيارة، ففي هذا الوجه يقع الطلاق.

٤٨٧١ - وإما أن يكون في كلام أحدهما ذكر شيء من ذلك، إما في كلام المرأة، أو في كلام الزوج، بأن قال الزوج: اختاري نفسك، أو اختاري تطليقة، أو اختاري اختيارة، فتقول المرأة: اخترت، أو يقول الزوج: اختاري، فتقول المرأة: اخترت نفسي، أو تقول: اخترت تطليقة، ففي هذا الوجه يقع الطلاق أيضًا؛ لأنه إذا ثبت ذلك في كلام الزوج، ثبت في كلامها؛ لأن كلامها خرج جوابًا، والجواب يتضمن إعادة ما في السؤال، فلم يبق الاحتمال؛

---

(١) هكذا في [illegible]، وكذا في الأصل نفسه.

(٢) أخرجه بمعناه البخاري ٥٢٦٣، ومسلم ٢٢٠٠، والنسائي ٣٤٥١، وأبو داود ٢٢٠٣، وابن ماجه ٢٠٥٢.

لا في الخطاب، ولا في الجواب. وإذا ثبت ذلك في كلام [الزوج، ثبت في كلام][1] المرأة، يزول الاحتمال عن الخطاب بالنية، وعن الجواب بالتنصيص.

٤٨٧٢ - أما إذا خلا اللفظان عن ذكر شيء من ذلك، لم يقع شيء؛ لأن اختيارها يحتمل بين أن يكون لنفسها فتقع، وبين أن يكون لزوجها، فلا يقع بالشك، ولا يصير محل كلامها مفسّرًا بنية الزوج؛ لأن نية الزوج إنما تعتبر ليصير الطلاق بيدها، فأما أن يصير المحتمل من كلامها مفسّرًا بنية الزوج فلا[2].

٤٨٧٣ - ولو قال لها: اختاري، اختاري، اختاري، ينوي الطلاق بهذا كله، فاختارت نفسها فهي طالق ثلاثًا. قال مشايخنا: قول محمد رحمه الله تعالى في هذه المسألة، وهو ينوي الطلاق بذلك كله، وقع الطلاق اتفاقًا؛ لأن عند تكرار هذه اللفظة لا يحتاج إلى النية على ما مرّ. وكذلك لو قالت: قد طلّقت نفسي، أو قالت: أنا طالق، فهو جواب للكل [وطلقت ثلاثًا][3]. ولو قالت: اخترت تطليقة، فهي واحدة بائنة.

٤٨٧٤ - هشام قال: سألت محمدًا رحمه الله تعالى عمّن قالت لزوجها: خيّرني، خيّرني، خيّرني، فقال: قد فعلت، فطلّقت نفسها [فهي واحدة بائنة. ولو قالت: خيّرني، وخيّرني، وخيّرني، فقال: قد فعلت، فطلّقت نفسها][4]، فهي ثلاث. الحسن بن زياد رحمه الله تعالى، إذا قال لها زوجها: اختاري، اختاري، اختاري، فقالت: قد أبطلت واحدة، بطل ذلك كله، رواه عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

٤٨٧٥ - ولو قال لها: اختاري، ثم اختاري، ثم اختاري، فاختارت نفسها، ذكر محمد رحمه الله تعالى: أنها تطلّق ثلاثًا. واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، منهم من قال: المسألة مؤوّلة، تأويله: أنه إذا قال لها: اختاري وسكت، ثم قال: اختاري وسكت، ثم قال: اختاري وسكت، فقالت: اخترت نفسي، وما ذكر من كلمة «ثمّ» فذلك لفظ محمد رحمه الله تعالى، لا لفظ الزوج [حتى لو كان ذلك لفظ الزوج][5] بأن قال الزوج: اختاري، ثم اختاري، ثم اختاري، فقالت: اخترت نفسي، لا يقع إلا الأولى، ويتوقف

---

(١) أثبت من ظ.

(٢) وفي م: فلا يكون.

(٣) أثبت من م، وكان في ب: فهو جواب للكل على أمر.

(٤) أثبت من ظ.

(٥) أثبت من ب و ف و م.

وقوع الثانية والثالثة على قولها : اخترت ثانيًا ، وثالثًا ، وهو نظير ما لو قال لامرأته : إن دخلت الدار ثلاثًا ، فأنت طالق ، فدخلت [مرّة تطلّق ثلاثًا . ولو قال لها : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ، ثم قال : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ، ثم إن دخلت الدار فأنت طالق ، فدخلت][1] الدار مرّة ، تطلّق واحدة ، ولا يقع الثلاث ما لم تدخل الدار ثلاث مرّات ، كذا ههنا .

ومنهم من قال : يقع الثلاث وإن ذكر الثانية والثالثة بكلمة "ثم" ، فعلى هذا يحتاج إلى الفرق بين هذه المسألة وبين مسألة الدخول ، والفرق أنّ قوله : اختاري اختاري ، تفويض ، وتمليك نصًّا [وتعليق اقتضاء][2] ، وإذا كان تمليكًا نصًّا كان العبرة للتمليك ، وجواب واحد يكفي لتمليكات كثيرة ، حصلت جملة أو مرتّبة ، فإنه لو قال : بعت هذا منك بكذا ، ثم[3] قال : أجرت هذا ، ثم قال : وهبتك هذا ، فقال : قبلت ، كان جوابًا للكل . أما قوله : إن دخلت الدار فتعليق نصًّا ، وليس فيه معنى التمليك ، وفي التعليقات يراعى صفة الشرط بوقوع الطلاق ، كما يراعى أصل الشرط ، وصفة الشرط لم توجد في حق الثانية والثالثة .

٤٨٧٦ - إذا قال لزوجها : اختاري اختاري[4] ، وقال : عنيت بالأولى الطلاق ، وبالثانية أن أفهمها ، صدّق ديانة لا قضاء . وإذا قال لها : اختاري الأزواج ، أو قال لها : اختاري أهلك فنوى الطلاق ، فقالت : اخترت الأزواج ، أو قالت : اخترت أهلي ، وقع الطلاق استحسانًا . ولو قال لها : اختاري أختك ، أو أمّك ، أو أباك ونوى الطلاق ، فاختارت [ما قال ، ففيما إذا اختارت][5] أمها أو أباها ، يقع الطلاق استحسانًا ، وفيما عداهما لا يقع الطلاق .

٤٨٧٧ - وفي "الجامع" : إذا قال لها : اختاري ، اختاري ، اختاري بألف درهم ، فقالت : اخترت نفسي واحدة أو بواحدة ، طلّقت ثلاثًا وكان عليها الألف ؛ لأن قولها : اخترت نفسي ، جواب تام بجميع ما قال الزوج لو اقتصرت عليه ، فكذا إذا زادت قولها : واحدة ؛ لأن قولها : واحدة ، يصلح جوابًا عن الكل أيضًا ، بأن يكون معناه اخترت نفسي باختيارة واحدة ، لا يحتاج بعد هذه إلى اختيارة أخرى ، كما في قولهم : ضربت وجيعًا ، أي ضربًا وجيعًا . ولو كانت قالت : اخترت نفسي بالأولى ، أو بالوسطى ، أو بالأخيرة ، طلّقت ثلاثًا ، وعليها الألف

---

(١) أثبت من النسخ التي في متناول أيدينا .

(٢) أثبت من "م" و "ب" و "ف" .

(٣) وفي "م" : ثم .

(٤) وفي "ظ" : ثلاث مرات .

(٥) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف .

في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وفي قولهما إن قالت: بالأولى والوسطى، طلقت واحدة بائنة بغير شيء، وإن قالت: بالأخيرة وقعت تطليقة بألف درهم.

٤٨٧٨- ولو قال: اختاري تطليقة، فهي تطليقة [بألف درهم، ولو قال: اختاري تطليقة، فهي تطليقة](١) رجعية. وقد ذكرنا نظير هذا في الأمر باليد إذا قال لها: اختاري، فقالت: لا أختارك، أو قالت: لا أريدك، أو قالت: لا حاجة لي فيك، فهذا كله باطل. ولو قالت: لا أختار الطلاق، فهذا رد للأمر، وإن قالت: هويت زوجي أو أحببته، فهي على خيارها. وإن قالت: كرهت فراق زوجي، فقد اختارته، وإن قالت: اخترت أن لا أكون امرأتك، فقد بانت منه. عن أبي يوسف رحمه الله تعالى إذا قال الرجل لغيره: خير امرأتي أن أمرها بيدها، فاختارت نفسها قبل أن يخبرها، جاز، وعن محمد رحمه الله تعالى خلافه.

نوع آخر فيما يصلح جوابًا في التفويض:

٤٨٧٩- وفي الجمع بين الألفاظ التي يقع بها التفويض، قول المرأة: طلقت، اخترت، يصلح جوابًا لقول الزوج: أمرك بيدك، ولقوله: اختاري، وقولها: اخترت لا يصلح جوابًا لقوله: طلقي نفسك، حتى إنه إذا قال لها: طلقي نفسك، فقالت: اخترت نفسي، لا يقع شيء، ولو قال لها: أمرك بيدك، أو قال لها: اختاري، فقالت: طلقت نفسي تقع. والفرق أن قولها: اخترت ليس من ألفاظ الطلاق، لا وضعًا ولا حكمًا، ولهذا لو أراد الزوج أن يوقع الطلاق عليها بقوله: اخترت لا يقع، ولكن جعل جوابًا بإجماع الصحابة، متى سبق التخيير من الزوج، وإذا لم يسبق من الزوج التخيير، تلغى لفظة الاختيار. فأما قوله: طلقت طلقت من ألفاظ الطلاق وضعًا وحكمًا، بل هو الأصل فيه، إلا أنها خالفت في الوصف متى سبق من الزوج التخيير، فيلغو الوصف، ولكن الموافقة في الأصل كافية في الوقوع.

٤٨٨٠- وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إذا قال لها: طلقي نفسك، فقالت: أبنت نفسي، لم يقع على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما: يقع تطليقة رجعية، لأن لفظة البينونة [متضمنة طلاقًا](٢)، فصار كما لو قالت: طلقت نفسي تطليقة بائنة، فيصح الأصل ويلغو الوصف، ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن لفظ الإبانة [إذا صحت حرمت]

(١) أثبت من "ظ".

(٢) هكذا في "م"، وكان في الأصل و"ظ": صفة طلاقًا، وفي "ب" و"ف": متصفة طلاق.

تضمنت طلاقًا، فيها لفظة [الإبانة][1] لم يصلح جوابًا؛ لأنه لم يفوض إليها الإبانة، فصارت مبتدأة بهذا الكلام، فلم يتضمن هذا الكلام طلاقًا، هكذا ذكر القدوري في شرحه، وذكر في الجامع الصغير قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يقع، ولم يجعله ما ذكره لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى.

٤٨٨١ - وإذا جمع الزوج بين ألفاظ التفويض، وهو قوله: أمرك بيدك، اختاري، طلقي، فإن ذكرها بغير حرف صلة يجعل كل واحد كلامًا مبتدأ، ولو ذكرها بحرف الفاء، فالمذكور بحرف الفاء يجعل تفسيرًا إن صلح تفسيرًا، ولفظ الاختيار يصلح تفسيرًا للأمر باليد؛ لأنه أخص من لفظ الأمر؛ لأن الأمر باليد قد يكون بالاختيار وغيره، وقد يكون بثلاث، وقد يكون بواحدة، والخاص يصلح تفسيرًا للعام، والأمر باليد لا يصلح تفسيرًا للاختيار؛ لأن العام لا يصلح تفسيرًا للخاص، والطلاق يصلح تفسيرًا للأمر [والاختيار؛ لأنه مفسر صريح، ويصلح تفسيرًا لهما، والأمر لا يصلح تفسيرًا للأمر][2]. وكذلك [الاختيار لا يصلح تفسيرًا للاختيار؛ لأن الشيء لا يصلح تفسيرًا][3] لنفسه، وإذا لم يصلح تفسيرًا، يجعل علة لما تقدم، وإن تعذر جعله علة يحمل على العطف، ولو ذكرها بحرف الواو فهو للعطف، والمعطوف لا يصلح تفسيرًا للمعطوف عليه؛ لأن العطف يقتضي المغايرة، والتفسير مع المفسر كشيء واحد. وإذا عطف البعض على البعض، فالتفسير المذكور في آخرها يجعل تفسيرًا للكل؛ لأن بحكم العطف صار الكل في معنى كلام واحد.

٤٨٨٢ - وإذا قال لها: أمرك بيدك طلقي نفسك، أو قال لها: اختاري طلقي نفسك، فقالت: اخترت نفسي، وقال الزوج: لم أرد الطلاق، كان مصدقًا ولا يقع عليها شيء؛ لأن قوله: طلقي نفسك، لما ذكر بدون حرف الصلة، لم يجعل جوابًا وتفسيرًا لأول الكلام، بل اعتبر تفويضًا مبتدأ، فبقي الأول مبهمًا، فكان القول قوله في أنه لم يرد الطلاق، وقوله: طلقي وإن كان تفويضًا مبتدأ، إلا أن قولها: اخترت لا يصلح جوابًا له، فلا يقع به شيء، حتى لو قالت: طلقت نفسي، يقع تطليقة رجعية في المسألتين جميعًا بقوله: طلقي نفسك؛ لأنه تفويض صريح [مفسر][4]، وقولها[5]: طلقت، يصلح جوابًا له، والواقع بالصريح

---

(١) أثبت من م.

(٢) أثبت من م.

(٣) هكذا في م و ب، وكان في الأصل و ظ: وكذلك الاختيار لا يصلح تفسيرًا للمعطوف لأنه.

(٤) هكذا في ب و م، وكان في الأصل و ظ: مبتدأ.

رجعي.

٤٨٨٣ - ولو قال لها: أمرك بيدك، وطلقي نفسك، أو قال لها: اختاري وطلقي نفسك، فاختارت نفسها، وقال الزوج: لم أرد الطلاق بالأمر باليد، وبالاختيار لم يقع شيء؛ لأن الكلام بقي مبهماً مجملاً، لأن قوله: وطلقي لم يصر تفسيراً؛ لكونه معطوفاً عليه، فيقبل قول الزوج: إنه لم يرد الطلاق بالكلام الأول. وقوله: وطلقي وإن كان تفويضاً [مفسّراً][5]، لا أن قولها: اخترت نفسي لا يصلح جواباً له.

٤٨٨٤ - ولو قال لها: أمرك بيدك فاختاري وطلقي نفسك، فقالت: قد اخترت نفسي، وقال الزوج: لم أرد بشيء من ذلك الطلاق؛ فإنه لا يصدق في ذلك، ويقع تطليقة بائنة بقوله: أمرك بيدك، مع يمينه بالله تعالى ما أراد به الثلاث؛ لأن الأمر باليد كلام مبهم، وقوله: اختاري، خرج جواباً وتفسيراً له؛ لأنه ذكره بحرف الفاء، وهو يصلح جواباً وتفسيراً للأمر باليد؛ لأن الأمر أشد إبهاماً، وأعم من الاختيار؛ لأنه ينتظم الاختيار وغيره، فإذا فسّر بالاختيار يقل الإبهام، فيصلح تفسيراً له من هذا الوجه، ويصير تقدير الكلام: أمرك بيدك اختاري [مبتدأ][6]، فما قال بعد ذلك: فطلقي نفسك، وإنه يصلح تفسيراً للاختيار، صار الاختيار مفسّراً بالطلاق، فصار الاختيار المفسّر تفسيراً للأمر باليد، والوقوع بالمفسّر لا بالتفسير، فالواقع بالأمر باليد طلاق بائن، ولكن مع احتمال الثلاث، فلهذا قال: يقع تطليقة بائنة مع يمينه بالله ما أراد به الثلاث.

٤٨٨٥ - قال لها: اختاري، فاختاري، واختاري، وطلقي نفسك، فاختارت نفسها، طلقت تطليقتين بائنتين؛ لأن قوله: اختاري مبهم، وقوله: فاختاري لا يصلح تفسيراً له، فيجعل تفويضاً مبتدأ معطوفاً على الأول، فكأنه قال: اختاري واختاري؛ لما عرف أن حروف الصلات يقام بعضها مقام البعض باعتبار الحاجة، فصارت مسألتنا اختاري واختاري فطلقي نفسك، وهناك قوله: فطلقي نفسك، يصير تفسيراً للتفويض بحكم العطف، كذا هنا. وإذا صار قوله: فطلقي نفسك، تفسيراً لهما كان الوقوع بهما، وقولها: اخترت يصلح جواباً لهما، والواقع بكل واحد منهما طلاق بائن، فطلقت تطليقتين بائنتين لهذا.

٤٨٨٦ - ولو قال: اختاري فأمرك بيدك، فطلقي نفسك، فقالت: قد اخترت نفسي، أو قالت: طلقت نفسي، فهي طالق تطليقة بائنة بقوله: أمرك بيدك، بجعل المقدّم

---

(5) وفي ب و م: قولها.

(6) هكذا في ب و م، وكان في الأصل و ط: مبتدأ.

لها : طلّقي نفسك ثلاثاً إن شئت ، فطلّقت نفسها واحدة لم يقع شيء ؛ لأن معنى قوله : طلّقي نفسك ثلاثاً ، إن شئت الثلاث ، فإذا طلّقت نفسها واحدة ، فقد شاءت واحدة دون الثلاث .

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : إذا قال لها : أنت طالق ثلاثاً[1] إن شئت ، فقالت : أنا طالق ؛ لا يقع إلا أن تقول : أنا طالق ثلاثاً ، وإذا قال لها : طلّقي نفسك إن شئت ، فقالت : قد طلّقت نفسي ، يقع الطلاق ؛ لأنها شاءت حيث طلّقت نفسها .

٤٨٩٠ - إذا قال لها : إذا شئت فأنت طالق غداً ، كانت المشيئة إليها في الحال ، ولو قال لها : إذا جاء غد فأنت طالق إن شئت ، كان لها المشيئة في الغد ؛ [لأنه في الفصل الأول علق الطلاق بمشيئتها ، ثم جعل المعلّق بمشيئتها مضافاً إلى الغد ، فلا بدّ من اعتبار مشيئتها أولاً لتصح الإضافة إلى ما بعد الغد][2] وفي الفصل الثاني علّق الطلاق بمجيء الغد ، وجعل المعلّق بمجيء الغد مضافاً بمشيئتها ، فلا بدّ أولاً ليتعلّق ذلك بمشيئتها ، كذا ذكر المسألة في "الزيادات" .

وذكر في "الأصل" : إذا قال لها : أنت طالق غداً إن شئت ، فلها المشيئة في الغد . ولو قال : إن شئت فأنت طالق غداً ، فلها المشيئة في الحال ، ولم يذكر في المسألة خلافاً .

قالوا : وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ومحمد رحمه الله تعالى ، وعن أبي يوسف : أن لها المشيئة في الغد في المسألتين جميعاً .

وفي "المنتقى" : بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى ، إذا قال لها : أنت طالق غداً إن شئت ، أو أنت طالق إن شئت غداً ، فإن أبا حنيفة رحمه الله تعالى قال : لها المشيئة غداً ، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : إن قدّم المشيئة فلها المشيئة في الحال ، وإن أخّرها فهو على ما قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى . وعلى هذا إذا قال لها : اختاري غداً إن شئت ، اختاري إن شئت غداً ، أمرك بيدك إن شئت[3] غداً ، أمرك بيدك ، فالمشيئة في الغد في الحالين عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى . وعلى هذا إذا قال لها : طلّقي نفسك غداً إن شئت ، إن شئت فطلّقي نفسك غداً ، لم يكن لها أن تطلّق نفسها حتى يجيء غد في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى : إن قدّم المشيئة فلها أن تطلّق نفسها في الحال ، فتقول في الحال : طلّقت نفسي غداً .

(١) هكذا في النسخ التي عندنا ، وكان في الأصل : طلّقي نفسك .

(٢) أثبت من النسخ التي في متناول أيدينا .

(٣) وفي ظ : إن شئت غداً مكرراً .

٤٨٩١ - وذكر هشام عن محمد رحمه الله تعالى: إذا قال لامرأته: أنت طالق غداً على ألف إن شئت، فقالت في الحال: شئت، لا يقع الطلاق حتى يقول الزوج: قبلت؛ لأن الإيجاب من الزوج مضاف إلى الغد، فالمشيئة من المرأة قبل مجيء الغد يصير ابتداء، ولو ابتدأت مشيئة الطلاق على ألف يتعلق بقبول الزوج، فههنا كذلك. ولو قال لها: إن شئت الساعة فأنت طالق غداً، أو نوى ذلك ولم يقل: الساعة، فقالت: شئت أن أكون غداً طالقاً، وقع الطلاق في الغد. ولو قالت: شئت أن يقع الطلاق في اليوم، فإنه لا يقع الطلاق في اليوم، ويخرج الأمر من يدها.

٤٨٩٢ - أنت طالق إن شئت[1] أو متى شئت، فلها إن شاءت في المجلس أو بعده، ولكن مرة واحدة، ولو قال لها: أنت طالق كلما شئت، فلها ذلك أبداً كلما شاءت في المجلس وغيره، واحدة بعد واحدة حتى تطلق ثلاثاً. أما في قوله: متى، فلأن متى للوقت، فصار كأنه قال: في أي وقت شئت، فكان لها أن تطلق نفسها في أي وقت شاءت، ولا يبطل بالقيام عن المجلس؛ لأن هذا إيقاع في وقت المشيئة، فلا يعتبر لها المجلس قبل وقت المشيئة، فههنا كذلك. ولو ردت الأمر لا يكون رداً لما ذكرنا أن هذا إيقاع وقت المشيئة، والإيقاع لا يحتمل الرد[2]. ثم إن لها أن تطلق نفسها واحدة [وليس لها أن تطلق أخرى][3]؛ لأن كلمة "متى" تعم الأزمان، أما لا تعم الأفعال، فتملك الإيقاع في أي وقت شاءت، لكن مرة واحدة. وأما في قوله: إذا وإذا ما، فلأن إذا وإذا ما، عنده للوقت وعندهما يستعملان للوقت والشرط، فباعتبار الشرط يخرج الأمر عن يدها بالقيام عن المجلس، وباعتبار الوقت لا يخرج، فلا يخرج بالشك. وأما في قوله: كلما فلأن كلمة "كلما" توجب التكرار، فيتكرر الطلاق حتى تتم الثلاث، وإن عادت إليه بعد زوج فليس لها أن تشاء أخرى بعد ذلك؛ لأن اليمين إنما صحت باعتبار الملك القائم للحال، فإذا وقع الثلاث فقد ذهب ذلك الملك بتمامه، فلم يبق اليمين، فإذا تزوجها بعد ذلك، وشاءت الطلاق، فقد شاءت، ولا يقع.

٤٨٩٣ - ولو قال: أنت طالق حيث شئت، أو أين شئت، لم يقع حتى تشاء، وإن قامت عن مجلسها قبل أن تشاء، فلا مشيئة لها بعد ذلك. ولو قال لها: كلما شئت فأنت طالق

---

(١) وفي النسخ الموافق التي عندنا: إذا شئت.

(٢) هكذا في ظ، وكان في الأصل: ولو ردت لا يكون رداً؛ لما ذكرنا أن هذا إيقاع وقت المشيئة؛ لأن هذا إيقاع في وقت المشيئة، والإيقاع لا يحتمل الرد.

(٣) أثبت من ب و م و ظ.

ثلاثًا ، فشاءت واحدة فذلك باطل ؛ لأن معنى كلامه كما شئت الثلاث ؛ لأنه لم يذكر المشيئة خبرًا ، فصار ما تأخر خبر المشيئة .

٤٨٩٤ - إذا قال لامرأتين له : إذا شئتما فأنتما طالقان ، فشاءت إحداهما دون الأخرى ، أو شاءتا طلاق إحداهما لا يقع شيء ؛ لأن معنى [المشيئة] [١] إن شئتما طلاقكما ، فصار الشرط مشيئتهما طلاقهما . وكذلك إذا قال لامرأتين له : طلقا أنفسكما ثلاثًا إن شئتما ، فطلقت إحداهما نفسها وصاحبتها ثلاثًا في المجلس ، لم تطلق واحدة منهما ؛ لأن معنى كلامه طلقا أنفسكما ، إن شئتما طلاقكما ؛ لأنه لم يذكر لمشيئتهما خبرًا ، فانصرف إلى السابق ذكره وهو طلاقهما ، فإذا طلقت إحداهما نفسها وصاحبتها ، فإنما وجد نصف الشرط ، وبوجود نصف الشرط لا ينزل الجزاء ، فإن طلقت الأخرى نفسها وصاحبتها بعد ذلك ثلاثًا قبل القيام عن المجلس ، طلقتا ثلاثًا ؛ لأنه كمال الشرط . ولو طلقت إحداهما لم يقع الطلاق ، وكذا لو قامت عن المجلس ، ثم طلقت كل واحدة منهما نفسها وصاحبتها [ثلاثًا ، لم تطلق واحدة منهما] [٢] ؛ لأن الأمر كله معلق بالمشيئة هنا ، فكان كله تمليكًا ، فبطل بالقيام عن المجلس .

٤٨٩٥ - ولو قال لهما : طلقا أنفسكما ثلاثًا ، فطلقت إحداهما نفسها وصاحبتها ثلاثًا ، طلقتا ثلاثًا ؛ لأن التفويض هنا مطلق ، غير معلق بمشيئتهما ، فقد أمر بالإيقاع بغير بدل ، فينفرد أحدهما بالإيقاع ، كما لو قال لرجلين : طلقا امرأتي . وإذا قال لها : طلقي نفسك واحدة إن شئت ، فطلقت نفسها ثلاثًا ، لا يقع شيء عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ؛ لأن الزوج علق تمليك الواحدة بمشيئة الواحدة ؛ لأن معنى كلامه طلقي نفسك واحدة ، إن شئت الواحدة ، والثلاث غير الواحدة ، فكانت مشيئة الثلاث مشيئة غير الواحدة عنده ، فكانت مبتدئة لهذه المشيئة ، لا بانية كلامها على كلام الزوج ، ولا صحة لكلامها إلا على سبيل الجواب والبناء ، وعندهما تقع واحدة ؛ لأن الواحدة من جملة الثلاث عندهما ، فكانت مشيئة الثلاث مشيئة الواحدة . وعلى هذا الخلاف إذا قال لها : أنت طالق واحدة إن شئت ، فقالت : شئت ثلاثًا ، لم يقع شيء عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافًا لهما .

٤٨٩٦ - وفي "المنتقى" : عن أبي يوسف رحمه الله تعالى . إذا قال لها : طلقي نفسك عشرًا إن شئت ، فقالت : طلقت نفسي ثلاثًا ، لم تطلق .

٤٨٩٧ - وإذا قال لها : أنت طالق إن شئت ، فقالت : شئت ، إن كان كذا فهذا على

(١) هكذا في ظ ، وكان في النسخ التي عندنا : المشيئة .

(٢) هكذا في م .

وجهين : إما إن علّق مشيئتها بشيء ماضٍ فقد وجد ، وفي هذا الوجه يقع الطلاق ؛ لأن التعليق بشيء موجود كائن تنجيز وليس بتعليق على الحقيقة ، فكانت هذه مشيئة منجزة ، كما إذا فوّض إليها الزوج ، فصحّت .

٤٨٩٨ - وإما إن علّق مشيئتها بشيء لم يوجد بعد ، وفي هذا الوجه لا يقع الطلاق ؛ لأن التعليق بشيء لم يوجد تعليق على الحقيقة ، والمفوّض إليها مشيئة منجزة ، لا مشيئة معلّق ، فلا تعتبر هذه المشيئة في حق وقوع الطلاق ، ويخرج الأمر من يدها ؛ لأنها بالاشتغال بما لم يفوّض إليها صارت معرضة عمّا فوّض إليها . وعن هذا قلنا : إذا قالت : شئت إن شاء أبي ، كان ذلك باطلاً ، وكذلك إذا قالت : شئتُ إن شئتَ لا يقع ، وإن قال الأب بعد ذلك : شئت ، أو قال الزوج : شئت لا يقع الطلاق أيضاً .

٤٨٩٩ - وفي «المنتقى» : إذا قال لها : أنت طالق إن هويت ، أو أردت ، أو أعجبك ، أو وافقك ، أو أحببت ، فقالت : شئتُ ، وقع . فيه أيضاً : عن أبي يوسف رحمه الله تعالى ، إذا قال لها : طلّقي نفسك واحدة بائنة متى شئت ، ثم قال لها : طلّقي نفسك واحدة [أملك](*) الرجعة متى ما شئت ، فقالت بعد أيام : أنا طالق ، فهي طالق واحدة ، يملك الرجعة ويصير قولها جواباً للكلام الآخر .

٤٩٠٠ - وفيه أيضاً : داود بن رشيد عن محمد رحمه الله تعالى إذا قال لامرأته : أنت طالق واحدة إن شئت ، أنت طالق ثنتين إن شئت ، فقالت : قد شئت واحدة ، قد شئت اثنتين ، قال : إذا وصلت ، فهي طالق ثلاثاً .

٤٩٠١ - إذا قال لامرأته : أنت طالق إن شئت أو أبيت ، لا تطلّق بهذه اليمين أبداً ؛ لأنه جعل المشيئة والإباء شرطاً واحداً ، يشترط اجتماعهما في حالة واحدة ، وإنه لا يتصور ، هكذا ذكر في «المنتقى» . وفي «النوازل» وفي «العيون» : أنها إذا شاءت تطلّق ، وإن أبت ، فكذلك تطلّق ، والصحيح ما ذكر في «المنتقى» و«النوازل» .

وكذلك إذا قال : إن شئت وأبيت ، فأنت طالق ، وكذلك إذا قال : إن شئت ولم تشائي ، أو قال : أنت طالق إن شئت وإن لم تشائي ، فإن شاءت في مجلسها طلّقت بحكم المشيئة ، وإن قامت عن مجلسها طلّقت أيضاً ؛ لأنها لم تشأ ، وهذا لأنه جعل المشيئة وعدم المشيئة كل واحد منهما شرطاً على حدة بوقوع الطلاق ، فأيهما وجد يقع الطلاق . وكذلك الجواب فيما إذا قال لها : أنت طالق إن شئت أو لم تشائي ، إن شاءت في المجلس طلّقت بحكم

(*) هكذا في م ، وكذا في الأصل و[illegible] : لا يملك

وطلقت. وكذلك لا تبطل بقيام الزوج عن المجلس، حتى إن بعد قيام الزوج لو قبلت وهي في المجلس، طلقت. وكذلك لو قال لعبده: بعت نفسك منك بألف درهم، أعتقتك بألف درهم، ثم رجع المولى، أو قام عن المجلس قبل قبول العبد، لم يبطل ذلك حتى لو قبل العبد بعد ذلك، وهو في المجلس صح.

٤٩٠٦- ولو كانت البداية من العبد والمرأة كان الجواب على عكس ما قلنا في الزوج والمولى. والفرق أن الطلاق على مال، والعتق على مال من جانب الزوج والمولى يمين؛ [لأن] (1) الملتمس من الزوج والمولى الطلاق والعتق، وهما يحتملان التعليق بالشرط، ولهذا يصح تعليقهما بالشروط والأخطار، وتفرد الزوج والمولى بإيجاب ذلك. فإذا تعلق بالقبول صار في معنى اليمين والتحق به، واليمين لا تقبل الرجوع ولا يبطل بقيام الحالف عن المجلس، والمتوقع من المرأة والعبد المال، والمال مما لا يتعلق به، لا يصح تعليقه بالشرط والأخطار، ولا تنفرد المرأة والعبد بإيجابه، وكان كالبيع من جانبهما، والرجوع عن إيجاب البيع قبل قبول المشتري صحيح.

٤٩٠٧- ولو قال: طلقي نفسك إن شئت، أو لم يقل: إن شئت، ثم أراد أن يرجع عن ذلك، ليس له ذلك. ولو قال لها: طلقي صاحبتك، أو قال لرجل أجنبي: طلق امرأتي، إن قال: شئت، فليس له أن يرجع عن ذلك، وإن لم يقل: إن شئت، فله أن يرجع. والحاصل أن قول الرجل لامرأته: طلقي نفسك، تمليك الطلاق منها، وفيه معنى التعليق، وكل ذلك لا يقبل الرجوع، وقوله للأجنبي: طلق امرأتي، وقوله للمرأة: طلقي صاحبتك، إن كان مقرونًا بالمشيئة، فهو تمليك؛ لأن المالك هو الذي يتصرف عن مشيئته، وهذا النوع من التمليك لا يقبل الرجوع، وإن لم يكن مقرونًا بالمشيئة فهو توكيل محض، والتوكيل يقبل الرجوع، ولا يصح عزل الوكيل بالطلاق قبل علمه؛ لأن العزل خطاب الوكيل بالنهي (2) عن الإيقاع، وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب قبل العلم.

قال في «كتاب الوكالة»: إذا قال الرجل لامرأته: انطلقي إلى فلان حتى يطلقك، ثم إنه نهاها عن الذهاب وقال: لا تذهبي إلى فلان ولا يطلقك، لا يكون هذا نهيًا عن الطلاق ولا يمنعه، فلان يطلق امرأة من لم يعلم بالنهي. يجب أن يعلم بأن من قال لامرأته: انطلقي إلى فلان يطلقك، فذهبت، فطلقها فلان، يصح ويصير فلان وكيلاً بالتطليق وإن لم يصح

(1) هكذا في النسخ التي عندنا، ولعل في الأصل: كان.

(2) وفي م: خطاب الوكيل بالعزل.

بوكالته. وذكر في الزيادات ما يدل على أنه لا يصير وكيلا بالتطليق قبل العلم.

فقيل: في المسألتين روايتان، وقيل: ما ذكر في الزيادات قياس، وما ذكر في الأصل استحسان، ثم على رواية الأصل وهو جواب الاستحسان: إذا صار وكيلا وإن لم يعلم، لو أن الزوج نهى المرأة عن الانطلاق إلى فلان، لا يصير معزولا بنهي المرأة قبل العلم بالنهي؛ لأن النهي في الغائب لم يصح؛ لأنه لو صح إما أن يصح مقصودًا، ولا وجه إليه؛ لأن النهي مقصودًا قبل العلم لا يصح، وإما أن يصح بمقتضى نهي المرأة عن الانطلاق إلى فلان، ولا وجه إليه أيضًا؛ لأن نهي المرأة عن الانطلاق إلى فلان لا يصح؛ لأنه نهي عن فعل فيه طلاقها وهو الانطلاق، فيعتبر بما لو فوّض إليه طلاقها، ثم نهاها عن الإيقاع، وذلك لا يصح فكذا هذا، فصار الجواب فيه نظير الجواب فيمن وكّل رجلا أن يطلق امرأته، ثم قال للمرأة: نهيت فلانًا أن يطلقك، فإن فلانًا لا ينعزل ما لم يعلم بالنهي؛ لأنه لو انعزل [انعزل](١) مقصودًا لا تبعًا لنهي المرأة عن شيء، وما فوّض إليها شيئًا حتى يصح نهي الغائب بطريق التبعية، وتعذر القول بالعزل مقصودًا بالنهي قبل العلم، فلهذا لا ينعزل قبل العلم.

٤٩٠٨ - هذا إذا نهى المرأة قبل الانطلاق، أما إذا نهاها بعد الانطلاق إلى ذلك الرجل، لا يصير فلان معزولا، وإن علم بالعزل، وقبل الانطلاق يصير معزولا إذا علم بالعزل والنهي، وصار الجواب فيه نظير الجواب فيما إذا قال لآخر: طلّق امرأتي إن شاءت؛ إذا عزل الوكيل قبل مشيئتها، صحّ العزل إذا علم بالعزل، وإن لم يعلم لا يصح [وبعد مشيئتها لا يصح العزل، وإن علم الوكيل بالعزل؛ وذلك لأن المفوض إلى المرأة في المسألتين جميعًا ليس بطلاق، حتى لا يصح](٢) نهي الزوج عن ذلك على كل حال؛ إنما المفوّض إليها ما هو سبب طلاقها، وهو الانطلاق والمشيئة، فمن حيث إن المفوض إليها لم يكن طلاقًا، صح نهي الزوج إذا علم الوكيل بذلك قبل الانطلاق والمشيئة، ومن حيث إن المفوض إليها ما هو سبب طلاقها لم يصح نهي الزوج بعد الانطلاق والمشيئة وإن علم الوكيل بذلك؛ توفيرًا على الأمرين حظهما بقدر الإمكان. وهذا بخلاف ما لو قال لأجنبي: انطلق إلى فلان وقل له حتى يطلّق امرأتي، ثم نهاه بعد ذلك صح النهي، ولو نهى المرأة عن الانطلاق لا يصح؛ لأن المفوض إلى الأجنبي فعل فيه طلاق المرأة، فيعتبر بما لو فوّض إليه طلاقها بأن قال له: طلّق امرأتي، ولو قال له ذلك، صح نهيه، فكذا هنا، وهنا فوّض إلى المرأة فعلا فيه طلاقها [فيعتبر بما لو

---

(١) هكذا في نسخة م.

(٢) ... في جميع النسخ.

إطلاق التصرف، والعزل منع له عن التصرف، ولو صح من غير علمه كان ذلك غرورا في حقه، والغرور حرام. فأما الرسالة فليس إثبات شيء للرسول، فإن الرسول ينقل عبارة المرسل، فكان المرسل حاضرا بنفسه وقال[1] ذلك، فلو صح الرجوع من غير علمه، لا يكون ذلك غرورا في حقه. ألا ترى أن الرسول لا تلزمه العهدة أصلا، والوكيل في بعض العقود يلزمه العهدة، وكذلك لو رجع بعد تبليغ الرسالة قبل قبول الزوج، صح رجوعها أيضا وإن لم يعلم الوكيل بذلك.

٤٩١٣ - إليه أشار في الكتاب. ولو كانت المرأة قالت لزوجها: اخلعني على ألف درهم، وقال العبد للمولى: اعتقني على ألف درهم، ثم رجعا من غير علمهما ألا يقبل[2] رجوعهما؛ لأن هذا توكيل منهما للمولى والزوج، والتوكيل لا يقبل الرجوع[3] من غير علم الوكيل.

٤٩١٤ - ومما يتصل بهذا الفصل: إيقاع الطلاق على المبانة والمطلقة بصريح الطلاق. أجمع العلماء رحمهم الله تعالى على أن الصريح يلحق الصريح ما دامت في العدة، وكذلك البائن يلحق الصريح، والصريح يلحق البائن ما دامت في العدة عندنا؛ لأن بعد الإبانة محلية الطلاق باقية ما دامت العدة باقية؛ لأن محلية الطلاق لقيام القيد، وبعد الإبانة القيد باق ما بقيت العدة، بدليل بقاء الأثر المختص به، وهو المنع عن الخروج، والبروز، والتزوج بزوج آخر، والبائن لا يلحق البائن إلا أن يتقدم سببه، بأن قال لها: إن دخلت الدار، فأنت طالق بائن، ونوى به الطلاق، ثم أبانها، ثم دخلت الدار وهي في العدة، وقعت عليها تطليقة أخرى بالشرط، عند علمائنا الثلاثة خلافا لزفر رحمه الله تعالى.

فوجه قول زفر: إن المعلق بالشرط عند الشرط كالمرسل، ولو أرسل الإبانة عند دخول الدار بعد ما أبانها لا يصح، فلا ينزل حكم التعليق، والدليل عليه: أنه إذا علق بدخول الدار ظهارا أو إيلاء، ثم أبانها، ثم دخلت الدار لا ينزل الظهار والإيلاء، وطريقه ما قلنا.

ولنا أن المعلق بالشرط [عند وجود الشرط][4] كالمرسل، ولكن لما تعلق بالشرط، ثم المعلق

---

(١) وفي ظا ... وقال ...

(٢) هكذا في م، وكان في باقي النسخ الثلاث عندنا: لا يعمل.

(٣) هكذا في م، وكان في الأصل: والتوكيل لا يعمل الرجوع.

(٤) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من م وف.

بالشرط](١): طلاق بائن لا تصح نية الإبانة [فينزل عند وجود الشرط طلاق بائن لا تصح نية الإبانة](٢)، فكأنه قال لها عند الشرط: أنت طلاق بائن، ومن قال لبانة وهي في العدة: أنت طالق بائن تطلق، كذا هنا. ويرد قلنا: إن المعلق بالشرط طلاق بائن [وامرأة بائنة](٣)؛ لأن قوله: أنت بائن قد صح لمصادفته محلًا صحيحًا، وإنه تصلح صفة المرأة، وتصلح صفة الطلاق، يقال: طلاق بائن، وامرأة بائنة، فيجعل صفة الطلاق ليثبت السبب أولًا، [لأن الأمر ثبوت السبب أولًا](٤)، ثم ثبوت الحكم عقيبه، والصفة تقتضي ذكر الموصوف، فيصير في التقدير كأنه قال لها: أنت طالق بائن، فنزل عند الشرط أنت طالق بائن، والمعروف ما ذكرنا.

٤٩١٥ - وهذا بخلاف ما إذا قال لبانة: أنت بائن ابتداء، حيث لا يصح ولا يجعل كأنه قال: أنت طالق بائن؛ لأنه إنما يجعل كذلك إذا صح قوله: أنت طالق بائن، وقوله للمبانة: أنت بائن، لم يصح لعدم مصادفته محلها؛ لأن محل الإبانة من قام به الاتصال؛ لأن الإبانة تقطع الوصلة، والوصلة قد انقطعت بالإبانة السابقة، وهذا هو الفرق بين الصورتين.

وهكذا نقول في فصل الظهار؛ لأن المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمرسل، إلا أنه لو أرسل الظهار بعد البينونة لا يصح؛ لأن حكم الظهار ليس هو الطلاق، بل حكمه حرمة متعة مشبهة بمحللة والحرمة(٥)، والحرمة ثبتت بالبينونة فلا تثبت بالظهار.

٤٩١٦ - وأما مسألة الإيلاء فغير مسلمة، فإنه لو آلى منها ثم طلقها واحدة بائنة، ثم مضت مدة الإيلاء قبل أن تنقضي عدة الطلاق، يقع عليها تطليقة أخرى بالإيلاء؛ لأن الإيلاء متى صح كان بمنزلة ما لو قال لها: إن لم أقربك أربعة أشهر فأنت طالق، فيكون المعلق عند أربعة أشهر لم يقربها فيها الطلاق لا البينونة ولا الحرمة، وعلى هذا إذا قال لها: أنت بائن غدًا، ونوى به الطلاق، ثم أبانها اليوم، ثم جاء الغد تقع عليها تطليقة بالشرط عندنا.

٤٩١٧ - قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: وينبغي على قياس هذه المسألة أنه إذا قال لها: إن دخلت الدار فأنت بائن، ينوي به الطلاق، ثم قال لها: إن كلمت فلانًا فأنت بائن، ينوي به الطلاق، ثم دخلت الدار تقع عليها تطليقة واحدة، ثم كلمت فلانًا بعد ذلك تقع عليها

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ و ب و ف.

(٢) أثبت من ظ.

(٣) هكذا في ظ.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ و م و ف.

(٥) وفي م: حرمة متعة مشبهة بمحللة الحرمة.

تطليقة أخرى . وإذا قال لها : إذا جاء غد فاختاري ، ثم أبانها ، ثم جاء الغد فاختارت نفسها ، لا يقع الطلاق كما لو نجّز التخيير . وكذا إذا قال لها : اختاري ، ولم يقل : إذا جاء غداً ، ثم اختارت نفسها بعد ما أبانها ، لم يقع عليها شيء ؛ لأن قولها : اخترت إيقاع مبتدأ منها ، وليس بإيجاب[1] بشرط وقوع الطلاق ، والواقع بقولها : اخترت البينونة فإنه من جملة الكنايات ، وصار كما لو قال لها : أنت بائن ابتداء ، وهناك لا يقع به شيء ، فههنا كذلك . فأما الدخول في مسألة التعليق إيجاد شرط وقوع الطلاق ، والوقوع مضاف إلى التعليق السابق ، ووقت التعليق كان الكلام قائماً ، فصحّ قوله : أنت بائن ، وصار بمنزلة قوله : أنت طالق بائن .

٤٩١٨ - ولو قال للمختلعة : اعتدّي ينوي الطلاق ، أو قال لها : استبرئي رحمك ، أو قال لها : أنت واحدة تقع بها تطليقة . وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : لا يقع بها شيء ؛ لأنها من جملة الكنايات ، ولهذا يحتاج فيها إلى النية ، فلا يقع بها شيء كسائر الكنايات . ولهما : أنّ هذه ألفاظ في حكم الصريح على معنى أنّ الواقع بها رجعي ، وإنما اعتبرت النية ؛ لأنه يحتمل وجوهاً أخر ، أما بعد ما نوى كان الواقع صريحاً ، والصريح يلحق [الخلع][2] بالإجماع . وإذا قال للمبانة : أبنتك بتطليقة ، لا يقع عليها شيء ، ولا يلغو قوله : أبنتك ، بخلاف ما لو قال لها : أنت طالق بائن [فإنه تقع عليها تطليقة ، ويلغو قوله : بائن][3] ؛ لأن في قوله : أنت طالق بائن ، لو ألغينا قوله : بائن ، يبقى قوله : أنت طالق ، وإنه كلام مفيد في الإيقاع ، فألغيناه تصحيحاً للإيقاع ، أما في قوله : أبنتك بتطليقة ، لو ألغينا قوله : أبنتك ، يبقى قوله : بتطليقة ، وإنه غير مفيد في الإيقاع . وعلى هذا إذا قالت المختلعة لزوجها : خويشتن خريدم از تو بكابين وتفقة عدت ، فقال الزوج : فروختم بيك طلاق ، لا يقع شيء ، ولا يلغى قوله : فروختم ؛ لأنا لو ألغيناه يبقى قوله : بيك طلاق ، وإنه لا يفيد شيئاً .

٤٩١٩ - قال القدوري في كتابه : كل فرقة توجب التحريم مؤبّداً ، فإنّ الطلاق لا يلحق المرأة ؛ لأنه لا يظهر له أثر ، وكذا إذا اشترى منكوحة لا يلحقها الطلاق . وإذا ارتدّ الرجل ولحق بدار الحرب ، لم يقع على المرأة طلاقه ؛ لأن تباين الدارين مناف النكاح ، فيكون منافياً للطلاق الذي هو من أحكام النكاح ، فإن عاد إلى دار الإسلام وهي في العدّة ، وقع عليها الطلاق ؛ لأن المنافي وهو تباين الدارين قد ارتفع ، ومحلية الطلاق بالعدّة ، وإنها قائمة فيقع

---

(١) وفي ب و ف و م : بإيجاد .

(٢) هكذا في ظ ، وكان في ب و ف : الصريح .

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

الفصل السادس في إيقاع الطلاق بالكتاب

٤٩٢٠ - يجب أن يعلم بأن الكتابة نوعان: مرسومة، وغير مرسومة، فالمرسومة أن يكتب على صحيفة مصدّراً ومعنوناً، وإنه على وجهين: الأول: أن يكتب: هذا كتاب فلان ابن فلان إلى فلانة، أما بعد: فأنت طالق، وفي هذا الوجه يقع الطلاق عليها في الحال. وإذا قال: لم أعن به الطلاق، لم يصدق في الحكم؛ وهذا لأن الكتابة المرسومة بمنزلة المقال، ولو قال لها: يا فلانة! أنت طالق، ولم يذكر شرطاً، يقع الطلاق عليها في الحال. وإذا قال: لم أنو الطلاق، لم يصدق في الحكم، وهذا لأن الكتابة المرسومة بمنزلة المقالة، كذا ههنا. وهل يدين فيما بينه وبين الله تعالى؟ ذكر هذه المسألة في "المنتقى" في موضعين: ذكر في أحد الموضعين أنه لا يدين. وذكر في الموضع الآخر أنه يدين.

٤٩٢١ - الوجه الثاني: أن يكتب: إذا جاءك كتابي هذا، فأنت طالق، وفي هذا الوجه لا يقع الطلاق إلا بعد مجيء الكتاب؛ لأنه علق الطلاق بالشرط وهو مجيء الكتاب، ولو علقه بالشرط مقابلة لا يقع الطلاق قبل وجود الشرط، كذا ههنا. فإن كتب أول الكتاب: أما بعد، فإن جاءك كتابي هذا، فأنت طالق [ثم كتب الحوائج، ثم بدا له، فمحا الحوائج، وترك قوله: فإذا جاءك كتابي هذا، فأنت طالق، ثم وصل إليها، فعند القدوري يقع الطلاق، وإن كان محا قوله: إذا جاءك كتابي هذا، فأنت طالق] (١)، وترك الحوائج، لا يقع الطلاق عليه وإن وصل إليها الكتاب، هكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى؛ لأن شرط وقوع الطلاق أن يصل إليها ما كتب قبل قوله هذا، ولم يصل لما محاه قبل الوصول.

٤٩٢٢ - وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى: إذا محا ذكر الطلاق من كتابه، وترك ما سوى ذلك، وبعث بالكتاب إليها، فهي طالق إذا وصل، وهكذا ذكر في "العيون"؛ لأن شرط وقوع الطلاق وصول كتابه إليها، وإن محا الخطوط كلها وبعث بالبياض إليها، لا تطلق. وفي "القدوري": لو محا ذكر الطلاق عنه وأنفذ الكتاب، وقع الطلاق إن بقي منه ما يسمى كتابة أو رسالة، وإن لم يبق منه كلام يكون رسالة، لم يقع الطلاق وإن وصل إليها؛ لأن الشرط وصول كتابه إليها، ولا بد من أن يبقى بعد المحو ما يسمى كتابا.

وإن كان كتب الحوائج أولاً، ثم كتب بعدها أما بعد: إذا جاءك كتابي هذا فأنت طالق

(١) الساقط من ط

[فبقيا له محا الحوائج، وترك قوله: إذا جاءك كتابي هذا، فأنت طالق][1]، لا يقع عليها الطلاق وإن وصل إليها الكتاب. وفي "الحاوي": أنها تطلق، وإذا محا قوله: إذا جاء كتابي هذا، فأنت طالق، فجاءها الكتاب طلقت.

٤٩٢٣- وفي "المنتقى": لو كتب رجل [رسالة منه إلى امرأته، وكتب: إذا جاءك كتابي هذا فأنت طالق، فمحا ذكر الطلاق وبعث بالكتاب إليها، فإن كان صدر الرسالة أكثرها][2] على ما يكتب الناس على حاله، فالطلاق لها لازم.

معنى المسألة: أنه إن بقي بعد محو الطلاق ما يسمى كتابة أو رسالة، يقع الطلاق وما لا فلا، ألا ترى أنه ذكر بعده: فإنه كان كتب: إذا أتاك كتابي هذا، فأنت طالق، فمحا أنت طالق، وترك إذا أتاك كتابي هذا، وليس للكتاب صدر غير هذه الحروف، لم يقع عليها الطلاق، وليس هذا كتابه إليها.

٤٩٢٤- ولو كتب وسط الكتاب: إذا جاءك كتابي هذا فأنت طالق، وكتب قبله حوائج، وبعده حوائج، ثم بدا له فمحا الطلاق، وترك ما قبله طلقت، وإن محا ما قبله أو أكثر، وترك الطلاق لم تطلق. وفي "الحاوي": إذا كتب فصل الطلاق في وسط الكتاب، ثم محا بعد ذلك، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إن كان ما قبل الطلاق أكثر طلقت، وإن كان الأكثر بعده لا تطلق.

٤٩٢٥- وفيه أيضًا: لو محا بعض الكلمات وترك بعضها، وترك فصل الطلاق أيضًا وهو في آخره، فإن كان للمحو أكثر، والمتروك أقلّ لا تطلق، وإن كان على العكس تطلق.

٤٩٢٦- وأما إذا كانت الكتابة غير مرسومة، فإن كانت غير مستبينة، بأن كتب على وجه لا يمكن فهمها وقراءتها، بأن كتب على الماء أو على الهواء، وفي هذا الوجه لا يقع الطلاق نوى أو لم ينو. وإن كانت مستبينة على وجه يمكن قراءتها وفهمها، بأن كتب على الأرض أو على الحجر، إلا أنه غير مصدَّر ولا معنون، وفي هذا الوجه إن نوى الطلاق يقع، وإن لم ينو لا يقع، فبعد ذلك إن كان صحيحًا ينوّه بلسانه، وإن كان أخرس بيّنه بالكتاب، ولو كتب الصحيح والأخرس إلى امرأته كتابًا فيه طلاقها، وكان الكتاب مرسومًا، ثم جحد الكتاب، وقامت عليه البيّنة أنه كتب، فرّق بينهما قضاءً، وأما ديانة فإن كان لم ينو به الطلاق، فهي امرأته.

---

(١) أثبت من "ظ".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

٤٩٢٧ - وفي «المنتقى» : ولو كتب كتاباً في قرطاس ، وكتب فيه : إذا أتاك كتابي هذا ، فأنت طالق ، ثم نسخه في كتاب آخر ، أو أمر غيره أن يكتب نسخة ولم يمل هو ، فأتاها الكتاب طلقت تطليقتين في القضاء إذا أقر أنهما كتاباه ، أو قامت[1] به بينة ، وأما فيما بينه وبين الله تعالى يقع عليها تطليقة واحدة بأيهما أتاها ، ويبطل الآخر ؛ لأنهما نسخة واحدة.

٤٩٢٨ - وفيه أيضاً : رجل استكتب من رجل آخر إلى امرأته كتاباً بطلاقها ، وقرأه على الزوج ، فأخذه الزوج وطواه وختم ، وكتب في عنوانه ، وبعث به إلى امرأته ، فأتاها الكتاب ، وأقر الزوج أنه كتابه ، فإن الطلاق يقع عليها

٤٩٢٩ - وكذلك لو قال لذلك الرجل : ابعث بهذا الكتاب إليها ، أو قال له : اكتب نسخة وابعث بها إليها ، وإن لم تقم عليه بينة بالكتاب ، ولم يقر أنه كتابه ، لكنه وصف الأمر على وجهه ، فإنه لا يلزمها الطلاق ، لا في القضاء ، ولا فيما بينه وبين الله تعالى ، وكذلك كل كتاب لم يكتبه بخطه ، ولم يمله بنفسه ، لا يقع به الطلاق إذا لم يعلم أنه كتابه.

٤٩٣٠ - وفي «المنتقى» عن محمد رحمه الله تعالى : إذا كتب الرجل إلى امرأته : كل امرأة لي غيرك ، وغير فلانة فهي طالق ، ثم محا ذكر فلانة ، وبعث بالكتاب لا تطلق فلانة ، وهذه حيلة جيدة.

٤٩٣١ - وفي «العيون» : إذا كتب إلى امرأته : أما بعد : فأنت طالق إن شاء الله تعالى ، فإن كان كتب إن شاء الله تعالى موصولاً بكتابته أما بعد ، فأنت طالق لا تطلق ، فإن فتر فترة بعد ما كتب أنت طالق ، ثم كتب إن شاء الله تعالى تطلق ؛ لأن الكتابة من الغائب بمنزلة التلفظ من الحاضر.

٤٩٣٢ - وفي «النوازل» : إذا كتب إلى امرأته : إذا جاءك كتابي هذا ، فأنت طالق ، فوصل الكتاب إلى أبيها ، فمزق الكتاب ولم يدفعه إليها ، فإن كان الأب هو المتصرف في جميع أمورها ، وقع الطلاق حين وصل الكتاب إليها في بلدها ؛ لأن [الوصول][2] إلى أبيها وهو المتصرف في عموم أمورها ، بمنزلة الوصول إليها ، وإن لم يكن هو المتصرف في عموم أمورها ، لا يقع الطلاق ؛ لأن الوصول إليه حينئذ لا يكون كالوصول إليها.

٤٩٣٣ - وفي «فتاوى أهل سمرقند» : إذا أكره الرجل بالحبس والضرب على أن يكتب طلاق امرأته ، فكتب : فلانة بنت فلان طالق ، لا تطلق ؛ لأن الكتاب من الغائب جعل بمنزلة الخطاب من الحاضر باعتبار الحاجة ، ولا حاجة هنا حيث احتيج إلى الضرب.

(١) وفي «ب» : «وقامت».

(٢) هكذا في «ب» و «ف» و «م» ، وكان في الأصل و «ظ» : «الواصل».

فإن كان الزوج جاحداً لطلقت الثلاث يعني قبل إقامة البينة وبعدها، يقع الطلاق على الثانية بغير شيء، وإن كان مصادقاً لها فيه يعني بعد إقامة البينة، لم يقع على الثانية بغير شيء.

٤٩٣٨ - وفي القدوري: ولو قال لامرأتين له: أشركتكما في تطليقتين، فهو بمنزلة قوله: بينكما تطليقتان، حتى يقع الطلاق على كل واحدة تطليقة واحدة. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه يقع على كل واحدة تطليقتان.

٤٩٣٩ - وفي العتابي: وفي المنتقى: إذا طلق امرأته ثم تزوجها، ثم قال لامرأة أخرى له: قد أشركتك في طلاق فلانة، طلقت. ولو قال: أشركتك في طلاق فلانة، ولم يكن طلقها، أو كانت فلانة تحت زوج آخر قد طلقها أو لم يطلقها، فهي امرأة الغير لا يلزم امرأته طلاق إن كان طلقها أو لم يطلقها نوى الزوج طلاقاً أو لم ينو، وفي امرأة يملكها لا تطلق الثانية إذا لم يكن طلق تلك، ولا يكون هذا إقراراً بطلاق تلك. رواه بشر عن أبي يوسف وأبو سليمان عن محمد رحمه الله تعالى مطلقاً، وزاد في العتابي: ولا يكون هذا إقراراً بطلاق تلك إلا أن يقول: أشركتك في طلاق فلانة التي طلقتها.

٤٩٤٠ - وفي العتابي أيضاً: لو أشركها في طلاق امرأة الغير لا يصح إلا أن يقول: أنا أوقع طلاقه الذي أوقع عليها على امرأتي.

ولو قال لامرأته: إن دخلت هذه الدار فأنت طالق، ثم قال لامرأة أخرى له: قد أشركتك في هذه التطليقة، فإذا دخلت الدار طلقت. وكذلك لو قال لامرأة أجنبية: إن تزوجتك فأنت طالق، ثم قال لامرأة أخرى له: قد أشركتك في طلاق هذه، فإذا تزوجها طلقتا. وإذا تزوج امرأة نكاحاً فاسداً، ثم طلقها ثلاثاً، ثم قال لامرأته: قد أشركتك في طلاق هذه، ولا نية له لم تطلق. ولو قال: قد أشركتك في الطلاق الذي تكلمت به، طلقت ثلاثاً.

٤٩٤١ - وفي المنتقى: إذا قال لامرأته: إن طلقتك فهذه مثلك لامرأة أخرى، ولا نية له في الطلاق، أو نوى الطلاق، ثم إنه طلق الأولى ثلاثاً، تطلق هذه الأخرى واحدة. وكذلك إذا قال لامرأته: متى ما أطلقك فهذه الأخرى مثلك ينوي الطلاق، فطلق الأولى ثلاثاً طلقت الأخرى واحدة إلا أن ينوي ثلاثاً. وإن طلق الأولى واحدة طلقت الأخرى واحدة. وفي نوادر ابن سماعة: عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا طلق الرجل امرأته، ثم قال لامرأة أخرى له: أنت مثلها ينوي به الطلاق، أو قال لها: أنت نظيرها ينوي به الطلاق، فهي طالق، وكذلك لو قال رجل آخر لامرأته.

٤٩٤٢ – وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في أمة أعتقت، فاختارت نفسها، فقال زوجها لامرأة أخرى له: قد أشركتك في طلاق هذه، لا يقع عليها طلاق، وكذلك كل فرقة بغير طلاق. ولو قال: قد أشركتك في فرقة هذه، أو قال: قد أشركتك في طلاق هذه لا يقع عليها طلاق. وكذلك كل فرقة بغير طلاق، ولو قال: قد أشركتك[1] في بينونة ما بيني وبينها، لزمتها تطليقة بائنة. وإن نوى ثلاثاً فثلاث. وإن قال: لم أنو الطلاق لم يدين في القضاء، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى. وروى أبو سليمان عن محمد رحمه الله تعالى أنه لا يقع عليها شيء.

٤٩٤٣ – وفي "المنتقى": إذا خالع امرأته على ألف، ثم قال لامرأة أخرى له: قد أشركتك في خلع هذه، فإن قبلت وقع عليها الخلع بخمسمائة، وعلى قياس ما تقدم ينبغي أن يقع عليها الخلع بألف إذا قبلت؛ لأنه تعذر إثبات المساواة بينهما بنقل نصف الخلع بنصف المال إلى الأخرى، فتعين إثبات المساواة بإيقاع مثل ذلك على الأخرى.

(١) هكذا في "م".

الفصل الثامن في الطلاق الذي يكون من غير الزوج فيجيز الزوج الطلاق، فيقع أو لا يقع

٤٩٤٤- إذا قالت المرأة لزوجها: قد طلقت نفسي، فقال الزوج: قد أجزت ذلك، فهذا جائز، ويقع عليها تطليقة رجعية؛ لأن هذا تصرف فضولي لم يجد نفاذاً عليه؛ لأن المرأة لا تملك الإيقاع على نفسها، وله مجيز حال وقوعه وهو الزوج، فيتوقف على إجازته، فإذا أجاز ينفذ. ويقع الطلاق رجعياً؛ لأن الفضولي عند الإجازة كالوكيل، وقول الوكيل[1] ينقل إلى الموكل فيما لا يرجع حقوقه إلى الوكيل، فكأن الزوج قال لها: طلقتك، وهناك يقع الطلاق رجعياً، ولا يشترط نية الطلاق من الزوج عند قوله: أجزت [لوقوع الطلاق][2]، ولو نوى الزوج الثلاث عند قوله: أجزت لا يصح نيته؛ لأن تقدير هذه المسألة كأن الزوج قال لها: طلقتك، وهناك لا يحتاج إلى نية الزوج، ولا يصح منه نية الثلاث، كذا هنا.

٤٩٤٥- وكذلك إذا قالت: أبنت نفسي منك، أو حرمت نفسي عليك، فقال الزوج لها: أجزت ذلك، وهو يريد الطلاق يقع الطلاق؛ لأن هذا تصرف فضولي [لم يجد نفاذاً على الفضولي][3]، وله مجيز حال وقوعه وهو الزوج، فيقف على إجازة الزوج، فإذا أجازه نفذ، فيصير تقدير المسألة كأن الزوج قال: أبنتك، حرمتك على نفسي، ولهذا يحتاج إلى نية الطلاق عند قوله: أجزت، ويصح نية الثلاث، وعند عدم نية الثلاث، يقع تطليقة بائنة؛ لأن هذه الألفاظ من جملة الكنايات، والواقع بالكنايات بائن، ويصح به الثلاث فيه.

٤٩٤٦- ولو قالت: اخترت نفسي، فقال الزوج: قد أجزت ينوي طلاقاً لا يقع؛ لأنه ليس لقولها: اخترت نفسي مجيز حال وقوعه؛ لأن الزوج لا يملك إجازة ذلك؛ لأن ملك الإجازة يستفاد من ملك الإنشاء، والزوج لا يملك الإنشاء [الإيقاع][4] بهذه اللفظة، فإنه لو قال لها: اخترتك، اخترت نفسك، وينوي الطلاق لا يقع؛ لأنه نوى ما لا يحتمله لفظه.

٤٩٤٧- ولو قالت المرأة: جعلت أمري بيدي، فقال الزوج: قد أجزت ذلك، وهو يريد

(١) وفي ب: وفعل الوكيل.

(٢) ثبت من ب و م.

(٣) ثبت من النسخ التي عندنا جميعا.

(٤) ثبت من ب و [illegible] و [illegible].

الطلاق صار أمرها بيدها؛ لأن الزوج يملك جعل أمرها بيدها بهذه اللفظة، بأن يقول: جعلت أمرك بيدك، فكان لهذا التصرف مجيز حال وقوعه، فيتوقف على إجازته، وينفذ بإجازته. فإن اختارت نفسها بعد ذلك في المجلس يقع الطلاق، وما لا فلا. وكذلك لو قالت: جعلت الخيار إليّ، فقال الزوج: أجزت ذلك وهو يريد الطلاق صار الخيار إليها. ولو قالت: جعلت أمري بيدي، واخترت نفسي، فقال الزوج: اخترت ذلك صار الأمر بيدها، ولكن لا يقع الطلاق ما لم تختر نفسها بعد إجازة الزوج في مجلسها ذلك؛ لأنها باشرت تصرفين، لأحدهما الزوج مجيز وهو بجعل الأمر بيدها، ولا مجيز للآخر وهو الاختيار، فيتوقف الأمر باليد على الإجازة، ولا يتوقف [الاختيار][١] بل يبطل، فإذا أجازهما صار الأمر بيدها، فإن اختارت نفسها بعد ذلك في مجلسها ذلك، طلقت وما لا فلا.

٤٩٤٨- ولو قالت: قد كنت جعلت أمس أمري بيدي، فاخترت نفسي، وقال الزوج: صدقت، وقد أجزت ذلك الساعة، وهو يريد الطلاق يصير الطلاق بيدها، ولكنها لا تطلق [لا إذا اختارت نفسها في ذلك المجلس. ولو كانت قالت: قد كنت قلت أمس: أمري بيدي اليوم كله، واخترت نفسي، فقال الزوج: صدقت، وقد أجزت ذلك الساعة، كان ذلك باطلا، حتى لو اختارت نفسها بعد إجازة الزوج، لا يقع عليها الطلاق. والفرق أن في المسألة الأولى ذكر أمس لبيان وقت التفويض على سبيل التاريخ، لا لتأقيت التفويض بالأمس كقوله: بعت أمس أجزت أمس، فبقي الأمر مرسلا غير موقت بالأمس، فيكون قائمًا وقت الإجازة، والإجازة لاقت تفويضًا قائمًا وقت الإجازة فعملت، أما ذكر أمس في المسألة الثانية لبيان تأقيت التفويض به لا لبيان تاريخ التفويض؛ لأنه ذكر الأمس مطلقًا، وذكر بعض الأمس يكفي في التاريخ، فلم يكن لقوله: كله، فائدة سوى التأقيت به، ألا ترى أن من قال لآخر[٢]: أجرتُ منك هذا العبد اليوم كله، كان ذكر اليوم للتأقيت حتى يجوز العقد. وإذا قال: بعت منك هذا العبد اليوم كله، كان ذكر اليوم للتأقيت حتى يبطل العقد، فكذا هنا، لما ذكر الأمس لتأقيت التفويض به لا يبقى التفويض بعده، فالإجازة تلاقي تفويضًا منتهيًا، فلا يعمل هذه الإجازة.

٤٩٤٩- هذه الجملة من أيمان "الجامع الصغير" وفي طلاق "الجامع": رجل قال لامرأة رجل: جعلت أمرك بيدك، فقالت: قد اخترت نفسي، فبلغ الزوج الخبر فقال: أجزت ذلك

(١) أثبت من النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: الأمر باليد.

(٢) وفي "ب" و"ك" و"م": لغيره.

ولا معتبر بالشروط قبل انعقاد اليمين.

٤٩٥٣ - وفي "المنتقى": عن ابن سماعة قال: سمعت أبا يوسف رحمه الله تعالى، يقول في رجل قال لامرأة غيره: إن دخلت هذه الدار، فأنت طالق، فقال الزوج: نعم: فقد حلف الزوج بذلك كله، فإن دخلت بعد قوله: نعم فهي طالق، وكذلك لو كان مكان قوله: نعم أجزت ذلك، أو قال: ألزمت نفسي ذلك، أو قال: ألزمتها ذلك، ولو لم يقل الزوج: شيئاً حتى دخلت الدار، فقال: قد أجزت ذلك الطلاق عليّ فهو جائز.

٤٩٥٤ - وفي "أيمان" "القدوري": إذا قال الرجل: امرأة زيد طالق، وعبده حرّ، وعليه المشي إلى بيت الله تعالى إن دخل هذه الدار، فقال زيد: نعم، فقد حلف بذلك كله، ولو لم يقل: نعم، ولكن قال: قد أجزت ذلك كله، فهذا لم يحلف على شيء، وإنه يخالف مسألة الجامع التي تقدّم ذكرها. ولو قال: أجزت ذلك علي إن دخلت الدار، أو قال: ألزمته نفسي إن دخلت الدار، لزمه الطلاق.

٤٩٥٥ - وفيه أيضاً: لو قال: امرأة زيد طالق، فقال زيد: أجزته، أو رضيت، أو ألزمت نفسي، لزمه الطلاق. وفيه أيضاً: لو قال الرجل: إن بعت هذا المملوك من زيد، فهو حرّ، فقال زيد: نعم، ثم اشتراه زيد، لا يعتق عليه. ولو قال: إن اشترى زيد مني هذا العبد، فهو حرّ، فقال زيد: نعم، ثم اشتراه عتق عليه.

٤٩٥٦ - وفي "المنتقى": إذا طلّق الرجل امرأة رجل، أو أعتق عبده، أو باعه، فقال الزوج أو المولى: رضيت بذلك، أو قال: شئت فهو إجازة، ولو قال: أحببت ذلك، أو هويت، أو أردت، أو قال: أعجبني ذلك، أو قال: وافقني ذلك، فليس ذلك بإجازة.

٤٩٥٧ - وفيه أيضاً: إذا قال الرجل لامرأة رجل: اختاري ينوي الطلاق، فاختارت نفسها، أو قال لها: أمرك بيدك ينوي به الطلاق، فاختارت نفسها، أو قال لها: أنت طالق إن شئت، فقالت: شئت، فقال الزوج: قد أجزت ذلك، فهي طالق. ولو قال: أجزت قوله: أمرك بيدك، وأجزت قوله: اختاري، لم يلزمها الطلاق إلا أن تختار نفسها بعد إجازة الزوج في مجلس علمها بإجازة الزوج.

٤٩٥٨ - وفيه أيضاً: إذا قالت لنفسها: إذا ولدت ولداً فأنا طالق، فولدت ولداً، فقال الزوج: قد أجزت ذلك، فهي طالق. ولو قال: ألزمت نفسي قولك، إذا ولدت ولداً لا تطلق ما لم تلد ولداً آخر، ولو قالت: أنا طالق بألف درهم، فقال الزوج: نعم، لزمت تطليقة بألف درهم.

الفصل التاسع في الاستثناء في الطلاق

يجب أن يعلم بأنّ الاستثناء يصح موصولاً، ولا يصح مفصولاً، وشرطه أن يتكلم بالحروف، سواء كان مسموعاً أو لم يكن عند الشيخ أبي الحسن الكرخي، وكان الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى يقول: لا بدّ وأن يسمع نفسه، وبه كان يفتي الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى.

٤٩٥٩- قال الكرخي في كتابه: كلمة "إن شاء الله" إذا وصلت بالكلام، ترفع حكمه أي تصرّف كان. وحكي عن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى، إذا قال الرجل: نويت أن أصوم غداً إن شاء الله، كانت نيّة صحيحة، حتى لو صام غداً بهذه النيّة يجوز استحساناً.

وتخريج المسألة من وجهين: أحدهما: أنّ كلمة "إن شاء الله" في هذه الصور تستعمل لطلب التوفيق عادة، ولا تستعمل للتعليل، حتى لو استعملها للتعليل لا يصح نيّته أيضاً. الثاني: أنّ الاستثناء عمل اللسان، فيرفع حكم كل تصرّف يختص باللسان، محله الطلاق، والعتاق، والبيع، والهبة، والنية عمل القلب، لاتعلّق له باللسان، فلا يرفع الاستثناء حكمه.

٤٩٦٠- وذكر في "القدوري"[1]: المريض إذا قال لورثته: اعتقوا فلاناً عني بعد موتي إن شاء الله، صحّ الإيصاء، حتى يجب عليهم الإعتاق، وتخريجه: أنّ [هناك الاستثناء دخل في الأمر، و][2] الاستثناء يعمل في الإيجاب لا في الأوامر لنفعه، وهو أنّ الإيجاب يقع لازماً، فيحتاج فيه إلى الاستثناء حتى لا يلزمه حكمه، وأما الأوامر لا تقع لازمة، فإنه يمكن الرجوع عنها، فلا تقع الحاجة فيهما إلى الاستثناء، وصار الحاصل: أنّ كلمة "إن شاء الله" إذا دخلت على ما لا يختص باللسان، وهو إيجاب يرفع حكمه، وإذا دخلت على ما لا يختص باللسان وهو أمر وليس بإيجاب، لا يرفع حكمه، وسيأتي بعد هذا مسألة تدلّ على أنّ كلمة "إن شاء الله" إذا دخلت على الأمر ترفع حكمه.

٤٩٦١- إذا قال لها: أنت طالق إن شاء الله فهذا استثناء، وكذلك إذا قال لها: أنت طالق ما شاء الله فهو استثناء، وكذلك إذا قال: إلا أن يشاء الله. ولو قدّم الاستثناء، فإن كان

---

(١) وفي "ب" و"ف" و"م": وذكر في الفتاوى.

(٢) أثبت من "ب" و"ف" و"ظ".

ذكر الطلاق بحرف الفاء بأن قال : إن شاء الله فأنت طالق ، فهذا استثناء صحيح ، وكذلك إذا قال : إن شاء الله فوالله لا أدخل هذه الدار ، فهذا استثناء صحيح ، لو دخل الدار لا يحنث في يمينه ، ألا ترى أنه لو ذكر مكان إن شاء الله شرطاً آخر ، بأن قال مثلاً : إن دخلت الدار فأنت طالق ، كان تعليقاً صحيحاً . وإن ذكر الطلاق بدون حرف الفاء بأن قال : إن شاء الله أنت طالق ، فهذا استثناء صحيح في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى . [وقال محمد رحمه الله تعالى : هذا استثناء منقطع ، والطلاق واقع في القضاء ، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى إن كان أراد به الاستثناء](١) ، ذكر الخلاف على هذا الوجه في "القدوري" .

٤٩٦٢ - وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى : إذا قال : إن شاء الله وأنت طالق ، فهذا استثناء . وعنه أيضاً أنه ليس باستثناء ، وعنه أيضاً إذا قال : أنت طالق وإن شاء الله ، وقال : أنت طالق فإن شاء الله ، فهذا ليس باستثناء .

٤٩٦٣ - في "المنتقى" : إذا قال لها : أنت طالق ثلاثاً إلا ما شاء الله ، أنها تطلق واحدة . قال ثمة : واجعل الاستثناء على الأكثر ، وذكر بعد ذلك مسائل : أنت طالق ثلاثاً إلا ما شاء الله ، أنت طالق ثلاث إلا أن يشاء الله ، وذكر ثمة أنه لا يقع الطلاق أصلاً . وإذا قال لها : أنت طالق إن شاء الله ، ولا يدري أي شيء إن شاء الله ، لا يقع الطلاق ؛ لأن الطلاق مع الاستثناء ليس بإيقاع ، فعلمه وجهله يكون فيه سواء ، ألا ترى أن سكوت البكر لما جعل رضا شرعاً ، استوى فيه العلم والجهل ، حتى لو زوّجها أبوها فسكتت ، وهي لا تعلم أن السكوت رضا ، يجوز النكاح ، ولم يعتبر جهلها . ولو قال لها : أنت طالق ، فجرى على لسانه من غير قصده إن شاء الله ، وكان قصده إيقاع الطلاق ، لا يقع الطلاق ؛ لأن الاستثناء قد وجد حقيقة ، والكلام مع الاستثناء لا يكون إيقاعاً ، فهو نظير ما لو قال لها : أنت طالق ، فجرى على لسانه : أنت غير طالق .

٤٩٦٤ - ولو ضمّ مع مشيئة الله مشيئة غيره كان استثناء ، بأن قال : أنت طالق إن شاء الله وشئت ، أو قال : إن شاء الله وشاء فلان . ولو شرط مشيئة من لا يعلم مشيئته نحو أن يقول : إن شاء جبريل ، أو الملائكة ، أو الشياطين ، كان استثناء وبطل الكلام ، وهذا وما لو شرط مشيئة الله سواء .

٤٩٦٥ - وفي "الجامع" : ولو قال لرجل : طلّق امرأتي إن شاء الله وشئت ، فطلّقها المخاطب لا يقع ، وكذلك لو قال له : طلّق امرأتي ما شاء الله وشئت ، فطلّقها المخاطب لا يقع ؛

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف

بعد اليمين أبداً ، وإنه يوافق ما ذكر في « النوازل » . في « المنتقى » : عن محمد رحمه الله تعالى إذا قال لها : طلّقتك أمس إن شاء الله ، أنه لا يقع الطلاق .

نوع آخر فيما يقع الفصل بين الإيجاب والاستثناء ، وفيما لا يقع:

٤٩٦٩ - عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : فيمن حلف بالطلاق واستثنى ، وتنفس بين[1] الاستثناء وبين الطلاق ، ووجد من التنفس بدّاً ، أو لم يجد ، قال : إذا وصله فهو استثناء . قال في « الجامع » : وإذا قال لامرأته : يا زانية ! أنت طالق إن شاء الله ، كان استثناء على الطلاق ، ويصير قاذفاً للحال . ولو قال لها : أنت طالق يا زانية بنت الزانية إن شاء الله ، فالاستثناء على الكل حتى لا يقع الطلاق ، ولا يلزمه حد ولا لعان ؛ لأن النسبة إنما تذكر [لتعريف][2] المنادي وتفهيمه بإعلامه ، فيصير من جملة النداء ، والنداء لا يصير فاصلاً ، فكذا ما هو من جملة النداء . فإن قيل : التعريف [يقع][3] بالنسبة إلى الأب دون الأم ، فلم يكن قوله : بنت الزانية محتاجاً إليه لتعريف المنادي ، فيجب أن يصير فاصلاً . قلنا : النسبة إلى الأم مما يقع به التعريف ، إلا أنّ الأم لا تذكر في النسبة ، لا لأن التعريف بها لا يقع ، لكن لأن الأنساب إلى الآباء ، ألا ترى أنه لو قال لها : أنت طالق يا عمرة بنت فاطمة ، إن دخلت الدار ، لا يكون قوله : بنت فاطمة ، فاصلاً كما لو قال : يا عمرة بنت عبد الله ، وطريقه ما قلنا .

٤٩٧٠ - ولو قال لها : أنت طالق ثلاثاً يا طالق إن شاء الله ، ينصرف[3] الاستثناء إلى الكل ، حتى لا يقع شيء من الطلاق . وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى : أنه يقع ثلاث تطليقات ، ويصير قوله : يا طالق ، فاصلاً بين الثلاث ، فعلى هذه الرواية فرّق أبو حنيفة رحمه الله تعالى بين هذه المسألة وبين ما إذا قال لها : أنت طالق [ثلاثاً][4] يا زانية إن دخلت الدار ، حتى لا يصير قوله : يا زانية ! فاصلاً بين الطلاق والشرط ، حتى يتعلّق الطلاق بالدخول ، وهنا قال بالطلاق ، يصير فاصلاً .

والفرق أنّ قوله : يا طالق ! إن كان نداء بصيغة ، فهو إيقاع بمعناه ، وبهذا إذا قال لها : يا طالق ! تطلق كما لو قال لها : أنت طالق ، وإذا كان هذا إيقاع معنى ، صار كأنه قال لها : أنت

(١) هكذا في النسخ التي عندنا ، وكان في الأصل : لنفس بين .

(٢) ثبت من « ب » و « م » .

(٣) وفي « ب » و « م » : انصرف .

(٤) ثبت من « ظ » .

تعالى، التي يخرج الكلام بها من أن يكون إيقاعاً حتماً وبالاً، فكانت المشيئة المذكورة في الجملة الأخرى مذكورة في الجملة الأولى بحكم العطف. وكذلك الجواب فيما إذا علقه بمشيئة فلان، انصرفت المشيئة إلى اليمينين، ثم إذا انصرفت المشيئة إلى اليمينين، إن كانت مشيئة الله تعالى يبطل جميع الكلام، وإن كانت مشيئة فلان توقف الانعقاد على مشيئة فلان، ذلك في مجلس العقد إذا تحقق كل جزاء بشرطه كأنه قال عند مشيئة فلان: امرأته طالق [إن دخل الدار][1]، وعبده حر إن كلم فلان. وإن قال: لا أشاء، بطل اليمينان، وكذلك إن شاء [إحدى][2] اليمينين بطلا؛ لأن الحالف علّق انعقاد اليمينين [بمشيئة اليمينين][3]، ولم يوجد ذلك في المجلس، وصار كما لو قال: امرأته طالق، وعبده حر إن شاء فلان، لا يقع شيء، وطريقه ما قلنا.

٤٩٧٣ - وذكر في «المنتقى»: إذا قال: عمرة طالق ثلاثاً إن دخلت الدار، وزينب طالق واحدة إن كلمت فلاناً، فهما يمينان، وإن استثنى بعد آخرهما ينصرف الاستثناء إلى اليمين الأخرى. ولو أراد بالاستثناء اليمينين جميعاً، دين فيما بينه وبين الله تعالى، ولا يدين في القضاء، والاستثناء على اليمين الأخيرة في القضاء. وفي «أيمان الأصل»: إذا قال: والله لا أكلم فلاناً أحداً [والله لا أكلم فلاناً][4] إن شاء الله، إن عنى بالاستثناء اليمين، فهو على ما نوى من غير فصل بين الديانة والقضاء. قال: وإن لم يكن له نية فالاستثناء على اليمين الأخيرة؛ لأن الواو في اليمين الثانية واو القسم لا واو العطف، فقد ذكرنا في مسألة «الجامع»: أن الاستثناء على اليمين عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، فإن كان ما ذكر في «المنتقى» قول الكل، صار عن أبي حنيفة ومحمد في المسألة روايتان.

٤٩٧٤ - وفي «المنتقى» أيضاً: إذا قال: عمرة طالق إن شئت، وزينب طالق إن شاء الله، كان الاستثناء عليهما. ولو قال: عمرة طالق إن شئت، وزينب طالق إن شاءت، فهما أمران مختلفان، وإذا ذكر عقيبهما استثناء ينصرف الاستثناء إلى آخرهما، وإنه يخالف المذكور في «الجامع» على ما بينا.

٤٩٧٥ - وفي «القدوري»: إذا قال لها: أنت طالق ثلاثاً، وثلاثاً إن شاء الله، وقع

---

(١) أثبت من ظ، ز، ب.

(٢) هكذا في ب، و، ت.

(٣) أثبت من ظ، ز، ب.

(٤) أثبت من ظ.

الثلاث ونفي الاستثناء في[1] قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: "الاستثناء جائز" وعلى هذا الاختلاف إذا قال لها: أنت طالق ثلاثًا، وواحدة - إن شاء الله -. ولو قال لها: أنت طالق واحدة، وثلاثًا - إن شاء الله -.

٤٩٧٦ - ولو قال: أنت طالق إن شاء الله، فالاستثناء صحيح في قولهم جميعًا.

وجه قولهما: أنّ الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع، ولو جمع بلفظ الجمع فقال: أنت طالق ستًا - إن شاء الله -[2]، أو قال: أنت طالق أربعًا - إن شاء الله -، كان الاستثناء صحيحًا في قولهم جميعًا فكذا هنا. وجه قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: إنّ العدد الثاني لغو لا يتعلق به حكم، فإنّ الزوج لا يملك الإيقاع أكثر من الثلاث، واللغو حشو من الكلام، فيصير كالسكوت[3] بخلاف قوله: أنت طالق واحدة، وثلاثًا إن شاء الله؛ لأن العدد الثاني يتعلق به حكم، فلا يصير لغوًا فاصلًا بين الإيقاع والاستثناء.

٤٩٧٧ - وفي "النوازل": رجل [ملسانه][4] ثقل، لا يتم كلامه إلا بعد طول المدة، حلف بالطلاق وأراد الاستثناء أو التعليق، فطال في تردده، إن عرف أنه هكذا يتكلم، يجوز ديانة وقضاء؛ لأنه موصول معنى لمكان العذر.

٤٩٧٨ - وفي "النوازل": إذا قال لها: أنت طالق ثلاثًا، فأراد أن يقول الزوج: إن دخلت الدار، فأخذ غيره فمه، إن قال بعد ما خلّي عنه موصولًا: إن دخلت الدار، لا يقع؛ لأنه سكت لضرورة، فلا يعتبر فاصلًا كما إذا اعترض له عطاس أو جشاء. ولو قال: لله عليّ أن أتصدّق بدرهم اكر، وهو يريد أن يقول: اكر فلان كار كنم، فأخذ إنسان فمه، فلم يتم الكلام، فلما رفع يده عن فمه قال: اكر فلان كار كنم، فالأحوط أن يتصدّق، والفرق أنّ الطلاق محظور، فيتكلّف لإعدامها، وأمكن إعدامها بجعل هذا الانقطاع غير فاصل، كما لو حصل الانقطاع بعطاس، فأما الصدقة عبادة، فلا يتكلّف لإعدامها.

٤٩٧٩ - وعلى قياس مسألة النوازل، قالوا: إنّ ما ذكر في الأيمان أنّ من حلف، وأراد أن يقول في آخره: إن شاء الله، فسدّ[5] إنسان فمه أنه يكون استثناء، تأويله: إذا ذكر الاستثناء

(١) وفي ب: عند أبي حنيفة.

(٢) وفي ط: أنت طالق ستًا إلا إن شاء الله.

(٣) وفي م: كالسكوت الثاني.

(٤) هكذا في النسخ كلّ عندنا، وكان في الأصل: في كلامه.

(٥) وفي م و ب: شدّ.

بعد رفع اليد عن فمه متصلاً به، وقد وجدنا في نوادر هشام أنه قال: سألت محمداً رحمه الله تعالى عمن قال لامرأته: أنت طالق ثلاثاً وهو يريد أن يستثني، فأمسك نفسه، وحالت[1] بينه وبين الاستثناء، قال: يلزمه الطلاق في القضاء، وفيما بينه وبين الله تعالى. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى إذا قال: أنت طالق أستغفر الله إن شاء الله، أو قال: سبحان الله إن شاء الله، كان استثناء ديانة، ولم يكن استثناء قضاء.

٤٩٨٠- وفي فتاوى أهل سمرقند: أراد أن يستحلف رجلاً وخاف أن يستثني في السر، فالوجه في ذلك أن يأمره حتى يقول عقيب اليمين كلاماً لا يصح استثناء أو تعليقاً؛ لأنه إذا فعل ذلك، يمنع الاستثناء لوجود الفاصل - والله سبحانه وتعالى أعلم -.

نوع آخر في دعوى الزوج الاستثناء وفي إخبار غير الزوج الزوج بالاستثناء:

٤٩٨١- إذا ادّعى الزوج أنه تكلم بالاستثناء أو بالشرط في الخلع، أو ادعى التكلم بالاستثناء أو الشرط في الطلاق فالقول قول الزوج. فإن شهد الشهود بخلع أو طلاق بغير استثناء، لم يقبل قول الزوج بعد ذلك، ويقضي القاضي بالطلاق والخلع. وإن شهدوا بالخلع أو بالطلاق، وقالوا: لم يسمع منه غير كلمة الخلع والطلاق، والزوج يدعي الاستثناء فالقول قول الزوج، ولا يقضي بالطلاق إلا إذا ظهر منه ما هو دليل صحة خلع من قبض البدل، أو ما أشبه ذلك، هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرح السير[2] في باب ما يصدق فيه الرجل في الردة، فلا تبين منه امرأته في باب الخلع من الكافي.

٤٩٨٢- وفي مختصر العصام: إذا خالع ثم قال: لم أعن به الطلاق، إن كان أخذ جعلاً على الخلع لم يصدق قضاء. قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: والمراد من أخذ الجعل [ذكر الجعل][3] لا حقيقة الأخذ، فعلى هذا إذا ذكر البدل وقت الطلاق والخلع، لا يصدق قضاء في دعوى الاستثناء، [وإن لم يذكر البدل يصدق قضاء في دعوى الاستثناء][4]. وذكر نجم الدين النسفي رحمه الله تعالى في فتاواه عن شيخ الإسلام أبي الحسن: أن مشايخنا استحسنوا

(1) وفي م: وحلف.

(2) وفي ب: في شرح الأصل.

(3) ساقط من ب و ف، وكذا في ظ: جعل ذكر.

(4) أثبت من ب و ظ.

في دعوى الاستثناء في الطلاق ، أن لا يصدق الزوج إلا ببينة ؛ لأنه خلاف الظاهر [١] ، وقد فسد أحوال الناس ، فلا يؤمن [٢] التلبيس . وحكي عن شمس الإسلام محمود الأوزجندي ، أنه كان يقول : إن عرف الطلاق بالفرار يسمع دعوى الاستثناء منه ، وإن عرف بالصيانة لا يسمع منه دعوى الاستثناء .

٤٩٨٣ - وكان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله تعالى يقول : لو قال : طلقت واستثنيت لا يصدق قضاء ، ولو قال : قلت لها : أنت طالق واستثنيت ، يصدق قضاء . وذكر محمد رحمه الله تعالى في كتاب الإقرار في باب الإقرار بالعتق : لو قال لعبده : أعتقتك أمس ، وقلت : إن شاء الله ، صدق ولا يعتق العبد ، وذكر في باب الإقرار بالنكاح : إذا قال الرجل لامرأته : تزوجتك أمس وقلت : إن شاء الله ، وقالت المرأة : ما استثنيت ، فالقول قوله . قال : وكذلك الطلاق والعتق . [والفتوى] [٣] على ما ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى أن دعوى الاستثناء في الطلاق صحيح ، وكذا في الخلع ، إلا إذا ظهر منه ما هو دليل صحة الخلع . وقد وجدت الرواية في "المنتقى" عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه قال : طلقتها ولكن كنت استثنيت ، ألزمته الطلاق ، ولو قال له : طلقتها ثم استثنيت ، لم يكن مستثنى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ، وبهذه الرواية تبين أن ما ذكر في "الأصل" قول محمد رحمه الله تعالى : إذا طلق الرجل امرأته ، فشهد عنده شاهدان أنك استثنيت موصولا بالطلاق ، ولا يتذكر هو ذلك ينظر إن كان بحال إذا غضب يجري على لسانه ما لا يحفظه بعده ، جاز له الاعتماد على قول الشاهدين بناء على الظاهر ، وإن لم يكن بهذه الحالة لا يعتمد ؛ لأنه خلاف الظاهر .

نوع آخر في إيقاع عدد الطلاق واستثناء بعضه:

٤٩٨٤ - قال هشام : سألت محمدا رحمه الله تعالى عمن قال لامرأته : أنت طالق ثلاثا إلا واحدة ، وواحدة [وواحدة] [٤] قال : وقع الثلاث ، وبطل الاستثناء ، في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، وفي قولهما : تطلق ثنتين . وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى : أنها

(١) وفي ب : خلاف الظاهر بعد .

(٢) وفي ف : فلا بأس من التلبيس

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من م ، ب وف .

(٤) هكذا في ب و ف .

تطلق واحدة. والأصل أن استثناء البعض من الكل صحيح، وإن قل المستثنى أو كثر، وإنما ينظر في هذا إلى اللفظ لا إلى الحكم، ألا ترى أنه لو قال لها: أنت طالق أربعًا إلا ثلاثًا، صح الاستثناء وإن كان هذا استثناء الكل من الكل، من حيث إن ذكر الأربع ذكر الثلاث؛ لأن الطلاق لا يزيد على الثلاث باعتبار اللفظ، وسيأتي شيء من هذا في آخر هذا النوع - إن شاء الله تعالى -.

واستثناء الكل من الكل باطل بلا خلاف بين أصحابنا، واختلف ألفاظ المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، بعضهم قالوا: الاستثناء جار مجرى التخصيص، والتخصيص لا يرد على الكل. وبعضهم قالوا: الاستثناء إذا دخل في الكلام يصير متكلمًا بالباقي، فلابد وأن يكون الكلام باقيًا بعد الاستثناء.

بعد هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: الكلام يحمل على الصحة ما أمكن، وذلك في مسألتنا في اقتصار الاستثناء على الأولى والثانية عند أبي يوسف رحمه الله تعالى، وعلى الأولى عند محمد رحمه الله تعالى، وعند ذلك لا يتحقق استثناء الكل من الكل. وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: أول الكلام يتوقف على آخره، إذا وجد في آخره ما يوجب تغيير حكم أوله، وبذكر الثالثة يتغير الحكم في الأولى والثانية؛ لأن الكل إذا اعتبر جملة بطل الاستثناء؛ لأنه يصير كأنه قال: أنت طالق ثلاثًا إلا ثلاثًا. ولو قال لها: أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة إلا ثلاثًا، بطل الاستثناء؛ لأنه استثنى الكل. ولو قال لها: أنت طالق ثنتين وواحدة إلا ثنتين فهي ثلاث، وكذلك الجواب فيما إذا بدأ بالواحدة فقال: أنت طالق واحدة وثنتين إلا اثنتين فهي ثلاث. أما إذا بدأ بالواحدة فلأن الأصل في الاستثناء أن يصرف إلى ما يليه، فيصير مستثنيًا الكل مما يتكلم به نظرًا إلى ما يلي الاستثناء فيلغو، وأما إذا بدأ بالثنتين؛ لأنه لا يمكن صرف الاستثناء إلى الثنتين المذكورتين في صدر الكلام، إما لأنه يصير[1] مستثنيًا جميع ما تكلم به، وإما لأن الواحدة فاصلة، ولا يمكن صرف الاستثناء إلى جملة الكلام؛ لأنه يصير مستثنيًا الواحدة المفردة بتمامها، فيصير مستثنيًا جميع ما تكلم به نظرًا إلى الواحدة المفردة.

٤٩٨٥ ولو قال لها: أنت طالق واحدة وثنتين إلا واحدة، يقع ثنتان ويصير مستثنيًا الواحدة من الثنتين، وإنه استثناء البعض من الكل فيصح. ولو قال لها: أنت طالق ثنتين وثنتين إلا ثنتين، صح الاستثناء ووقعت ثنتان في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله

(١) وفي ب: لا يصير.

٤٩٨٨ - ومن هذا الجنس ما روي عن محمد رحمه الله تعالى في "النوادر": إذا قال: نسائي طوالق إلا فلانة وفلانة [وفلانة][1]، وليس له من النسوة سواهن، صح الاستثناء؛ لأن استثناء الكل [من الكل][2] يصح معنى؛ لأن الاستثناء يرد على هذا اللفظ لا على الحكم. ولو قال: نسائي طوالق إلا نسائي لا يصح، وما افترقا إلا باعتبار اللفظ. وفي "البقالي": إذا قال: كل امرأة لي طالق إلا هذه، وليس له غيرها لم تطلق. ولو قال: نسائي طوالق فلانة وفلانة [وفلانة][3]، إلا فلانة، فالاستثناء جائز؛ لأن قوله: فلانة وفلانة وفلانة تفسير قوله: نسائي طوالق، فيكون الحكم بقوله: نسائي طوالق. ولو قال: نسائي طوالق إلا فلانة، يصح الاستثناء، كذا هنا. ولو قال: فلانة طالق[4] وفلانة، إلا فلانة، لا يصح الاستثناء. وكذلك إذا قال: هذه وهذه [وهذه][5]، كان الاستثناء باطلا.

٤٩٨٩ - وفي "المنتقى": إذا قال لها: أنت طالق ثلاثًا إلا واحدة، أو لا شيء، فهذا لم يستثن شيئًا، وطلقت ثلاثًا. ولو قال لها: أنت طالق ثلاثًا إلا نصف تطليقة، فاعلم أن الطلقة لا تتجزأ في طرف الإيقاع، وهل تتجزأ في طرف الاستثناء؟ فعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لا تتجزأ، وعن محمد رحمه الله تعالى روايتان، حتى إن في هذه المسألة يقع ثنتان عند أبي يوسف رحمه الله تعالى، وإحدى الروايتين عن محمد، ويصير كأنه قال: أنت طالق ثلاثًا إلا واحدة. وفي رواية أخرى يتجزأ في طرف الاستثناء، حتى إن في هذه المسألة يقع الثلاث على هذه الرواية؛ لأنه لما صح استثناء النصف، صار تقدير كلامه: أنت طالق [تطليقتين ونصف، فتكاملت التطليقة الثالثة، وعلى هذا إذا قال لها: أنت طالق][6] واحدة ونصف إلا واحدة ونصف، فعلى قول أبي يوسف يقع ثنتان، وعن محمد روايتين: في رواية يقع ثنتان كما هو قول أبي يوسف، وفي رواية يقع واحدة.

---

(١) أثبت من "ظ".

(٢) أثبت من "ظ".

(٣) هكذا في "ظ".

(٤) وفي "م": ولو قال: فلانة طالق، وفلانة طالق، وفلانة طالق، وفلانة لا يصح.

(٥) أثبت من "ظ" و"ف"، وكان في "م": وكذا إذا قال: هذه إلا هذه كان الاستثناء باطلا.

(٦) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من "ظ" و"م" و"ب".

نوع آخر:

٤٩٩٠ - وكما يصح الاستثناء من أصل الكلام، يصح الاستثناء من الاستثناء، قال الله تعالى: ﴿إِلَّا آلَ لُوطٍ إِنَّا لَمُنَجُّوهُمْ أَجْمَعِينَ إِلَّا امْرَأَتَهُ قَدَّرْنَا﴾[1]، استثنى آل لوط من جملة الناس، واستثنى امرأة آل لوط من آله.

٤٩٩١ - بيان هذا: إذا قال لها: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة يقع ثنتان. والأصل في جنس هذه المسائل: أن المستثنى ثانياً يجعل مستثنى من الاستثناء الأول، ثم ينظر إلى ما بقي من الاستثناء الأول، ويجعل ذلك مستثنى من أصل الكلام. إذا ثبت هذا فنقول: الاستثناء الثاني واحدة، فيجعل مستثنى من الاستثناء الأول وهو ثنتان، بقي من الاستثناء الأول واحدة، فيجعل ذلك مستثنى من أصل الكلام وهو الثلث، يبقى من أصل الكلام ثنتان، فهي الواقع.

٤٩٩٢ - وعلى هذا إذا قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا واحدة، ويجعل الواحدة مستثناة من الاستثناء الثاني وهو الثلث، يبقى من الاستثناء الأول ثنتان، يجعل ذلك مستثنى من الأصل وهو الثلث، فيبقى واحدة فهي الواقع. وكذلك إذا قال لها: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة، وقعت واحدة، والوجه ما ذكرنا. ومن المشايخ رحمهم الله من اعتبر نوع تقريب، قال: ينبغي أن تعقد العدد الأول بيمينك، والثاني بيسارك، والثالث بيمينك، والرابع بيسارك، ثم أسقط ما في يسارك مما في يمينك، فما بقي فهو الواقع.

نوع آخر من الاستثناء:

[هو][2] يبتنى على أصلين: أحدهما: أن المتكلم بكلام مقرون بالاستثناء، إذا ذكر عقيبه وصفاً يليق بالمستثنى منه، يجعل وصفاً للمستثنى منه حتى يبطل ببطلانه. وإذا ذكر وصفاً يليق بالمستثنى منه، ولا يليق بالمستثنى، فقد اختلف عبارة المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، بعضهم قالوا: يجعل وصفاً للمستثنى منه، حتى يثبت بثبوته تصحيحاً له بقدر الإمكان وبعضهم قالوا: يجعل وصفاً للكل تحقيقاً لدخوله على الكل، أو تحقيقاً للمجانسة بين المستثنى والمستثنى منه، فإن المستثنى من جنس المستثنى منه في الظاهر.

وإذا ذكر وصفاً يليق بالمستثنى منه والمستثنى، فقد اختلف عبارة المشايخ فيه أيضاً،

(١) الحجر: ٥٩.

(٢) ثبت من ظا.

بعضهم قالوا: يجعل وصفًا للكل؛ تحقيقًا لدخوله على الكل، وتحقيقًا للمجانسة، فيبطل المستثنى بوصفه، ويبقى المستثنى منه بوصفه. وبعضهم قالوا: يجعل وصفًا للمستثنى منه لا غير؛ لأنه لو جعل وصفًا للمستثنى منه اعتبر، ولو جعل وصفًا للمستثنى بطل، والوصف إنما يذكر للاعتبار لا للإبطال. وهذا كله إذا ذكر وصفًا زائدًا، أما إذا ذكر وصفًا أصليًا لا يعتبر أصلًا، ويجعل ذكره ولا ذكر سواء.

الأصل الثاني: أن الوصف المذكور على سبيل التأكيد، لا يصير فاصلًا بين الطلاق والاستثناء، ولا بين الطلاق والشرط، حتى إن من قال لامرأته: أنت طالق ثلاثًا يا فلانة إلا واحدة، يقع ثنتان ولا يصير قوله: يا فلانة فاصلًا، لما كان لتأكيد تعريف المحل. وإذا قال لامرأته قبل الدخول بها: أنت طالق بائن إن دخلت الدار، لا تطلق ما لم تدخل الدار، ولا يصير قوله: بائن فاصلًا بين الطلاق والشرط، لما ذكره لتأكيد تعريف الواقع.

جئنا إلى المسائل[1]:

٤٩٩٣- قال محمد رحمه الله تعالى في "الزيادات": إذا قال لامرأته: أنت طالق ثلاثًا إلا واحدة للسنة، كانت طالقًا ثنتين للسنة عند كل طهر تطليقة؛ لأن وصف السنة يليق بالمستثنى منه [دون المستثنى][2]؛ لأنه صفة الواقع، والمستثنى منه واقع، أما المستثنى فغير واقع، فجعلناه صفة للمستثنى منه، وصار كأنه قال: أنت طالق [ثنتين للسنة، أو نقول: يجعل وصفًا للكل، ويصير كأنه قال: أنت طالق][3] ثلاثًا للسنة إلا واحدة. وكذلك إذا قال لها: أنت طالق ثلاثًا إلا واحدة، إذا حضت وطهرت، أو إن كلمت فلانًا، أو إن دخلت الدار، كانت التطليقتان معلقتين بالحيض والطهر في المسألة الأولى، وبالكلام في المسألة الثانية، وبالدخول في المسألة الثالثة، وينصرف الشرط إلى المستثنى منه دون المستثنى؛ لأنه يليق بالمستثنى منه، ولا يليق بالمستثنى[4]؛ لأنه إنما يحتاج إلى الشرط فيما يقع، والذي يقع المستثنى منه دون المستثنى، أو يقول: ينصرف الشرط إلى الكل ويصير معلقًا الثلاث بالشرط، مستثنى واحدة منها.

(١) وفي "م": إلى بيان مسائل.

(٢) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٤) هكذا في "م" و"ف"، وكان في الأصل و"ظ": لأنه يليق بالمستثنى ولا يليق بالمستثنى منه.

٤٩٩٤- ولو قال لها: أنت طالق ثلاثاً البتة إلا واحدة، ثم قال: بائنة إلا واحدة، كانت طالقاً تطليقتين رجعيّتين، ولا يصير قوله: البتة البائنة، فصلاً بين الاستثناء وبين الإيجاب؛ لأن كل واحد منهما صفة نُصبت للثلاث، لا يوجد الثلاث إلا وأن تكون منه بائنة، فصار ذكرهما ولا ذكرهما سواء، فكأنه قال لها: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة. ولو قال لها: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة بائنة، أو إلا واحدة البتة، طلقت تطليقتين رجعيّتين أيضاً.

٤٩٩٥- وذكر هشام في «نوادره» عن محمد رحمه الله تعالى، أن من قال لامرأته: أنت بائن إلا واحدة، ونوى بالبائن الثلاث، قال: هي طالق واحدة؛ لأن نية الثلاث إلا واحدة نية اثنتين، ومن قال لامرأته: أنت بائن ينوي ثنتين، يقع واحدة. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى فيمن قال لامرأته: أنت طالق واحدة البتة[1] إلا واحدة، ونوى بالبتة الثلاث، يقع تطليقتان بائنتان؛ لأنه لما نوى بالبتة الثلاث علم أنه ما جعلها صفة واحدة؛ لأن الواحدة لا تحتمل نية الثلاث، فلغى ذكر الواحدة، وصار كأنه قال: أنت طالق البتة إلا واحدة، وقد نوى بالبتة الثلاث، وهناك الجواب كما ذكرنا[2]، وإنما ألغينا الواحدة؛ لأنا لو لم نلغها بطل بها الاستثناء وهو أصل، وكان إلغاء الواحدة وهي نعت أولى.

٤٩٩٦- قال في «الزيادات»: إذا قال لها: أنت طالق ثنتين البتة إلا واحدة، فهي طالق واحدة بائنة؛ لأن البتة تصلح صفة لثنتين [لأن الثنتين لا تكون بتة بنفسها][3]، فصح وصفها بالبتة، وقد استثنى واحدة [منها، فتقع واحدة][4] بائنة. وكذلك إذا قال لها: أنت طالق ثنتين إلا واحدة البتة [فهي طالق واحدة بائنة، لأن البتة لا تصلح صفة للمستثنى؛ لأنه لا يقع، فيجعل صفة للمستثنى منه، أو يجعل صفة للكل، وصار كأنه قال: أنت طالق ثنتين البتة][5] إلا واحدة، وهي المسألة المتقدمة.

٤٩٩٧- ولو قال لها: أنت طالق ثنتين إلا واحدة بائنة، أو قال: إلا واحدة بائناً، فهي طالق واحدة رجعية؛ لأن البائن لا تصلح صفة للمستثنى منه، فإنه لا يقال: تطليقتان بائن، وإنما يقال: تطليقتان بائنتان، فيجعل صفة للمستثنى، فيبطل ببطلان المستثنى، بخلاف قوله:

(١) وفي «م»: فيمن قال لامرأته: أنت بائنة إلا واحدة نية إلا واحدة ... إلخ.

(٢) وفي جميع النسخ التي عندنا: كما قلنا.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من «ظ» و«م» و«ف».

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من «ظ» و«م» و«ف».

(٥) أثبت من «ظ» و«م»، ولكن فيه: يقع مكان: لا يقع.

فهرس الموضوعات
للمجلد الرابع من المحيط البرهاني

***